Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

Тем, что эта книга дошла до Вас, мы обязаны в первую очередь библиотекарям, которые долгие годы бережно хранили её. Сотрудники Google оцифровали её в рамках проекта, цель которого – сделать книги со всего мира доступными через Интернет.

Эта книга находится в общественном достоянии. В общих чертах, юридически, книга передаётся в общественное достояние, когда истекает срок действия имущественных авторских прав на неё, а также если правообладатель сам передал её в общественное достояние или не заявил на неё авторских прав. Такие книги – это ключ к прошлому, к сокровищам нашей истории и культуры, и к знаниям, которые зачастую нигде больше не найдёшь.

В этой цифровой копии мы оставили без изменений все рукописные пометки, которые были в оригинальном издании. Пускай они будут напоминанием о всех тех руках, через которые прошла эта книга – автора, издателя, библиотекаря и предыдущих читателей – чтобы наконец попасть в Ваши.

Правила пользования
Мы гордимся нашим сотрудничеством с библиотеками, в рамках которого мы оцифровываем книги в общественном достоянии и делаем их доступными для всех. Эти книги принадлежат всему человечеству, а мы – лишь их хранители. Тем не менее, оцифровка книг и поддержка этого проекта стоят немало, и поэтому, чтобы и в дальнейшем предоставлять этот ресурс, мы предприняли некоторые меры, чтобы предотвратить коммерческое использование этих книг. Одна из них – это технические ограничения на автоматические запросы.

Мы также просим Вас:

- **Не использовать файлы в коммерческих целях.** Мы разработали программу Поиска по книгам Google для всех пользователей, поэтому, пожалуйста, используйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.
- **Не отправлять автоматические запросы.** Не отправляйте в систему Google автоматические запросы любого рода. Если Вам требуется доступ к большим объёмам текстов для исследований в области машинного перевода, оптического распознавания текста, или в других похожих целях, свяжитесь с нами. Для этих целей мы настоятельно рекомендуем использовать исключительно материалы в общественном достоянии.
- **Не удалять логотипы и другие атрибуты Google из файлов.** Изображения в каждом файле помечены логотипами Google для того, чтобы рассказать читателям о нашем проекте и помочь им найти дополнительные материалы. Не удаляйте их.
- **Соблюдать законы Вашей и других стран.** В конечном итоге, именно Вы несёте полную ответственность за Ваши действия – поэтому, пожалуйста, убедитесь, что Вы не нарушаете соответствующие законы Вашей или других стран. Имейте в виду, что даже если книга более не находится под защитой авторских прав в США, то это ещё совсем не значит, что её можно распространять в других странах. К сожалению, законодательство в сфере интеллектуальной собственности очень разнообразно, и не существует универсального способа определить, как разрешено использовать книгу в конкретной стране. Не рассчитывайте на то, что если книга появилась в поиске по книгам Google, то её можно использовать где и как угодно. Наказание за нарушение авторских прав может оказаться очень серьёзным.

О программе
Наша миссия – организовать информацию во всём мире и сделать её доступной и полезной для всех. Поиск по книгам Google помогает пользователям найти книги со всего света, а авторам и издателям – новых читателей. Чтобы произвести поиск по этой книге в полнотекстовом режиме, откройте страницу `http://books.google.com`.

Digitized by Google

THE
UNIVERSITY
OF CHICAGO
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ

ЖУРНАЛЪ

МОСКОВСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА,

издаваемый при содѣйствіи

С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА и ОБЩЕСТВА ИМЕНИ А. И. ЧУПРОВА ДЛЯ РАЗРАБОТКИ ОБЩЕСТВЕННЫХЪ НАУКЪ

подъ общей редакціей

Б. А. Кистяковскаго.

БЛИЖАЙШЕЕ УЧАСТІЕ ВЪ РЕДАКЦІИ ПРИНИМАЮТЪ:

А. С. Алексѣевъ, М. М. Винаверъ, А. Э. Вормсъ, Н. В. Давыдовъ, Н. М. Ждановъ, И. А. Кистяковскій, М. М. Ковалевскій, А. А. Мануиловъ, В. Д. Набоковъ, П. И. Новгородцевъ, Н. Н. Полянскій и М. П. Чубинскій.

1160

Книга III.

МОСКВА, 1913.

Digitized by Google

The UNIVERSITY OF CHICAGO LIBRARY

Типографія Г. Лисснера и Д. Собко.
Москва, Воздвиженка, Крестовоздвиж. пер., д. 9.

Digitized by Google

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стран.

П. И. Новгородцевъ. Психологическая теорія права и философія естественнаго права 5
Н. В. Давыдовъ. Левъ Николаевичъ Толстой и Судъ 35
Л. В. Шалландъ. Прекращеніе и временная пріостановка законодательнаго мандата по русскому праву 54
В. Н. Ширяевъ. Понятіе должностнаго преступленія 85
Л. С. Таль. Проблема власти надъ человѣкомъ въ гражданскомъ правѣ. 103
А. М. Долматовскій. Юридическая природа найма имуществъ 141
Е. В. Спекторскій. Эсменъ какъ государствовѣдъ 160
М. П. Чубинскій. Профессоръ И. Я. Фойницкій. 165

Юридическое Обозрѣніе.

Проекты закона о наслѣдованіи въ крестьянскихъ земляхъ. **А. Э. Вормса** 173
Переходъ торговыхъ предпріятій. **В. Н. Шретера.** 190
Искъ разведенной жены по 106 ст. Зак. гражд. (Двѣ иллюстраціи изъ судебной практики) **В. С. Малченко** 209
Къ вопросу о правѣ національностей. **И. В. Лебединскаго** 224
Отзывъ Московскаго Столичнаго Мирового Съѣзда о министерскомъ законопроектѣ о мѣрахъ борьбы съ хулиганствомъ 229

Матеріалы.

Отъ Редакціи 249
Жалоба Г. Министру Внутреннихъ Дѣлъ выборщика II съѣзда городскихъ избирателей г. Ярославля Н. П. Дружинина — на дѣйствія Г. Ярославскаго Губернатора по выборамъ въ Государственную Думу 249
Указъ Правительствующаго Сената 257

Литературное Обозрѣніе.

Проф. А. А. Жилинъ. Теорія союзнаго государства. *В. М. Устинова* . . 259
Проф. А. С. Мулюкинъ. Очерки по исторіи юридическаго положенія иностранныхъ купцовъ въ Московскомъ государствѣ. — **Инна Любименко.** Исторія торговыхъ сношеній Россіи съ Англіей. *Б. И. Сыромятникова* 264

Digitized by Google

Стран.

Н. Евреиновъ. Исторія тѣлесныхъ наказаній въ Россіи. *Б. П. Базилева.* 267

Труды Юридическаго Общества при Императорскомъ С.-Пб. университетѣ. Томъ VI. *И. З. Штейнберга* 272

В. Л. Исаченко. Мировой Судъ. Практическій Комментарій на 1-ю книгу Уст. Гр. Суд. *Т. М. Яблочкова* 273

Приложенія. Протоколы засѣданій Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ 283

Отчетъ Совѣта Общества им. А. И. Чупрова. 292

Digitized by Google

Психологическая теорія права и философія естественнаго права.

Я думаю, не я одинъ, но всѣ читатели «Юридическаго Вѣстника» были весьма признательны Л. І. Петражицкому, когда на краткія замѣчанія моей вступительной статьи въ первой книгѣ нашего журнала онъ отвѣтилъ обстоятельнымъ разъясненіемъ своихъ взглядовъ. Хотя цѣль этого разъясненія по преимуществу полемическая, но попутно почтенный авторъ даетъ и много положительнаго матеріала. Всѣ основныя нити его долгой работы собраны здѣсь вмѣстѣ и представлены въ такомъ ясномъ освѣщеніи, что читатель сразу получаетъ возможность оріентироваться въ основныхъ результатахъ его изслѣдованій.

Нельзя не поблагодарить Л. І. Петражицкаго и за то, что онъ выступаетъ съ намѣреніемъ содѣйствовать «достиженію научнаго свѣта въ общемъ великомъ дѣлѣ возрожденія естественнаго права», обѣщая посвятить этой задачѣ даже особое сочиненіе. Вѣдь это великое дѣло есть вмѣстѣ съ тѣмъ и дѣло реформы юриспруденціи. Не случайно, что въ той же II книгѣ «Юридическаго Вѣстника», въ которой помѣщена статья Л. І. Петражицкаго, мы находимъ также и очеркъ проф. Спекторскаго: «Юриспруденція и философія», въ которомъ положеніе современной юридической науки рисуется, какъ состояніе исканій и неопредѣленности, радикальнаго реформаторства и философской неясности. Старое и безмятежное спокойствіе юриспруденціи временъ господства исторической школы и догматическаго формализма миновало безслѣдно: оно давно смѣнилось періодомъ Sturm und Drang'а, вихремъ самыхъ глубокихъ сомнѣній и самыхъ смѣлыхъ нововведеній. Соціологи, экономисты, психологи, философы, не говоря уже о самихъ юристахъ, всѣ хотятъ принять участіе въ этой критической работѣ. И въ концѣ концовъ дѣйствительно приходится спросить себя, вслѣдъ за проф. Спекторскимъ: «не присутствуемъ ли мы не только

Digitized by Google

при попыткахъ реформы юриспруденціи, но также и при ея несомнѣнномъ разрушеніи». Съ разныхъ сторонъ мы слышимъ о необходимости такой реформы, но какъ къ ней приступить, это остается спорнымъ. Выходъ можетъ быть найденъ только совокупными усиліями многихъ, только столкновеніемъ и борьбою мнѣній, съ одной стороны, и дружнымъ сотрудничествомъ ихъ — съ другой. Профессоръ Л. І. Петражицкій выступаетъ какъ разъ своевременно, чтобы принять участіе въ этой общей работѣ и путемъ обмѣна взглядовъ выяснить взаимныя недоразумѣнія и возможныя ошибки.

Въ настоящей краткой статьѣ своей я не имѣю въ виду подробнаго разбора взглядовъ Л. І. Петражицкаго по существу затронутыхъ имъ вопросовъ, — я сдѣлаю это въ своемъ трудѣ: «Возрожденіе естественнаго права», — мнѣ хотѣлось бы только коснуться тѣхъ пунктовъ статьи уважаемаго автора, которые относятся непосредственно къ высказаннымъ мною ранѣе воззрѣніямъ. При этомъ я имѣю въ виду представить не критику его ученій, для чего потребовалась бы гораздо болѣе обширная работа, а только мое общее заключеніе о результатахъ его научной дѣятельности въ ея отношеніи къ философіи естественнаго права.

Приступая къ этой задачѣ, я прежде всего хочу разъяснить одно недоразумѣніе, которое, очевидно, мѣшаетъ правильности нашего взаимнаго пониманія. На стран. 9—10 статьи Л. І. Петражицкаго мы читаемъ: «до сихъ поръ не было научно-теоретическаго, опытно-психологическаго познанія права и даже не было извѣстно, что такое собственно право и гдѣ оно находится и можетъ быть изучаемо». Задачу открытія пути къ такому познанію права, какъ думаетъ Л. І. Петражицкій, ему «удалось рѣшить». «И судя по тому», продолжаетъ онъ далѣе, «что почтенный критикъ моего ученія говоритъ о психологической теоріи права, какъ таковой, можно думать, что и онъ съ этимъ согласенъ». Высказывая такимъ образомъ увѣренность, что въ трудахъ его, Л. І. Петражицкаго, юриспруденція впервые за много вѣковъ своего существованія стала на надлежащій путь и что ранѣе этого она не имѣла представленія ни о своемъ предметѣ, ни о пути къ его изученію, уважаемый профессоръ предполагаетъ, что и я раздѣляю эту увѣренность. Онъ думаетъ, что психологическая теорія права и есть осуществленіе той реформы юриспруденціи, которой всѣ мы ищемъ и ждемъ, и что я согласенъ съ его мнѣніемъ о такомъ значеніи его теоріи. Это ставитъ меня въ необходимость съ неоставляющею сомнѣнія ясностью высказать свой взглядъ на психологическую теорію права. Вѣдь было бы совершенно непонятно, какимъ образомъ я, принимая, какъ предполагаетъ Л. І. Петражицкій, эту теорію,

Digitized by Google

въ то же время утверждаю, что она не имѣетъ отношенія къ дѣлу «возрожденія естественнаго права», и почему въ своихъ работахъ я вовсе не пользуюсь ея результатами.

11 лѣтъ тому назадъ въ статьѣ своей «Нравственный идеализмъ въ философіи права», которую Л. І. Петражицкій называетъ «интересной и превосходной во многихъ отношеніяхъ», я впервые сдѣлалъ попытку опредѣлить свое отношеніе къ психологической теоріи права. Я самъ отношусь къ этой статьѣ въ настоящее время гораздо строже, чѣмъ почтенный профессоръ, и нахожу ее во многихъ отношеніяхъ неясной и неопредѣленной. И особенно неяснымъ и неопредѣленнымъ, а частью также и неправильнымъ я считаю то, что говорится въ этой моей статьѣ объ отношеніи психологической теоріи къ философіи естественнаго права. Однако при всей неясности нѣкоторыхъ положеній этой статьи, въ ней уже содержатся указанія на недостаточность психологической теоріи и на ея неизбѣжныя границы. Л. І. Петражицкій совершенно справедливо замѣчаетъ, что я рѣшительно настаивалъ тогда на возможности и желательности изученія нравственности и права, «какъ внутренне-психическаго индивидуальнаго переживанія». Но на ряду съ этимъ, и еще болѣе рѣшительно, я настаивалъ также и на «нормативно-этическомъ изученіи нравственности и права» (страница 274).

Высоко оцѣнивая «интересную попытку проф. Петражицкаго освободить философскую разработку права отъ гипноза со стороны положительнаго закона и практическаго оборота, суживающаго и искажающаго теоретическій горизонтъ зрѣнія», я и тогда признавалъ, что «эмпирическій анализъ идеи права, какъ внутренне-психическаго индивидуальнаго переживанія», такъ же не даетъ намъ законченной теоріи права, какъ не даетъ ея и формально-позитивная догматика. И я противопоставлялъ психологической теоріи права этическую теорію, «классическіе примѣры которой даны намъ въ системахъ великихъ нѣмецкихъ идеалистовъ», не соединяя и не смѣшивая, а различая и противополагая индивидуально-психологическое изученіе права, съ одной стороны, и нормативно-этическое изученіе — съ другой.

Въ то время, когда я писалъ ту свою статью, собственная теорія права Л. І. Петражицкаго была еще въ зачаткахъ. Это были зачатки прекрасные и многообѣщающіе, дающіе основаніе судить и о цѣломъ, но цѣлаго еще не было. И тогда уже Л. І. Петражицкій плѣнялъ даже и столь суровыхъ критиковъ своихъ, какъ Б. Н. Чичеринъ, исключительной силой своей діалектики и яркимъ блескомъ своего оригинальнаго дарованія. Но въ то время мы не имѣли еще

Digitized by Google

этихъ замѣчательныхъ трехъ томовъ, въ которыхъ теперь изложена психологическая теорія права. И сравнительно съ тѣмъ, что я писалъ въ 1902 году, я долженъ теперь еще усугубить свои похвалы психологической теоріи. Съ признательностью и почтеніемъ долженъ каждый юристъ остановиться предъ этими тремя томами, являющими примѣръ необычайной умственной энергіи и величайшаго напряженія мысли. Въ этихъ томахъ всюду сверкаетъ и блещетъ страстный и неукротимый темпераментъ изслѣдователя и критика, ко всему подходящаго по своему, не боящагося колебать вѣковые устои науки, не отступающаго предъ самыми крайними выводами изъ принятыхъ основаній. Среди опытовъ обновленія юриспруденціи по законченности исполненія трудамъ нашего выдающагося ученаго несомнѣнно принадлежитъ одно изъ первыхъ мѣстъ. Но если теперь яснѣе видны достоинства теоріи Л. І. Петражицкаго, то яснѣе видны также и тѣ границы, на которыя я указывалъ еще 11 лѣтъ тому назадъ. По замыслу своему психологическая теорія права должна быть полной реформой юриспруденціи. Но если спросить, является ли она той реформой, которая удовлетворяетъ насущнымъ нуждамъ юриспруденціи, то на это слѣдуетъ отвѣтить рѣшительнымъ и категорическимъ отрицаніемъ. И здѣсь я долженъ повторить то, что уже сказалъ однажды: это Америка, а не Индія. Отыскивая опредѣленіе права и его «мѣстонахожденіе», какъ любитъ выражаться Л. І. Петражицкій, онъ сдѣлалъ крупное и значительное открытіе: онъ впервые показалъ способъ психологическаго изученія права, и самъ добылъ при помощи этого способа много цѣнныхъ психологическихъ наблюденій[1]). Открытіе это имѣетъ извѣстное значеніе и для общаго познанія права и для политики права. Въ общемъ комплексѣ наукъ, изучающихъ право, должна занять свое мѣсто и психологія, какъ заняла ранѣе свое мѣсто соціологія. Освѣтить новымъ свѣтомъ психологической теоріи правовыя явленія есть безспорная заслуга Л. І. Петражицкаго. Заслуга эта увеличивается еще тѣмъ обстоятельствомъ, что отстаивая свои взгляды, почтенный профессоръ производитъ сокрушающую критику многихъ ходячихъ юридическихъ понятій и ученій. Но при всемъ этомъ его собственная теорія нисколько не устраняетъ старой юриспруденціи, а поскольку она хочетъ ее устранить, она,

---

[1]) Я намѣренно подчеркиваю здѣсь слово: способъ, ибо только указаніе способа психологическаго изученія права дало психологической теоріи ея законченность. Самая идея психологическаго изученія права встрѣчается и у другихъ писателей, одинаково юристовъ и не-юристовъ, у Іеллинека и Цительмана, у Бенедикта, Штрикера и Гоппе. Ср. Б. А. Кистяковскій, Реальность объективнаго права, въ журналѣ «Логосъ». М. 1910. Кн. II, стран. 202—203.

Digitized by Google

какъ совершенно правильно замѣтилъ Е. В. Спекторскій, сдвигаетъ юриспруденцію съ ея позиціи и толкаетъ ее на совершенно чуждый ей путь. Юриспруденція издавна занималась логическимъ анализомъ правовыхъ отношеній и была наукой нормативной; когда же Л. І. Петражицкій предлагаетъ ей заняться психологическимъ анализомъ правовыхъ переживаній и стать наукой кавзальной, противъ этого надо всячески протестовать и въ особенности на страницахъ этого журнала, который съ самаго начала выступилъ подъ лозунгомъ автономіи юриспруденціи[1]). Если ранѣе приходилось протестовать противъ попытокъ превратить юриспруденцію въ соціологію, теперь приходиться ратовать противъ превращенія ея въ психологію. На ряду съ соціологическимъ и психологическимъ изученіемъ права существуетъ также и нормативно-этическое, и никакіе доводы сторонниковъ соціологической или психологической теоріи права никогда не поколеблютъ этого положенія.

Но то обстоятельство что, открывъ свою психологическую теорію, Л. І. Петражицкій принялъ ее за единственную и исчерпывающую, за адекватную самому существу права, объясняетъ намъ тотъ удивительный упрекъ, который онъ дѣлаетъ наукѣ права, говоря, что «до сихъ поръ... не было извѣстно, что такое собственно право, гдѣ оно находится и можетъ быть изучаемо». Около 2000 лѣтъ, считая съ римскихъ юристовъ, существуетъ и развивается наука права, и оказывается, что она до сихъ поръ не знала, что такое право и какъ его изучать. Юліанъ и Папиніанъ, Гай и Ульпіанъ, Ирнерій и Ацо, Бартолъ и Бальдъ, Куяцій и Донеллъ, Савиньи и Пухта, Кантъ и Гегель,— всѣ они блуждали въ потемкахъ, брели ощупью, когда говорили о правѣ, и только въ XX вѣкѣ Л. І. Петражицкій вывелъ насъ къ ясному свѣту научнаго познанія. Невольно припоминается здѣсь мудрое изреченіе Ларошфуко: «le plus grand défaut de la penétration n'est pas de n'aller point jusqu'au but, c'est de le passer». Да, приходится сказать, что блестящій авторъ психологической теоріи въ своей попыткѣ реформировать юриспруденцію не то, что не достигъ цѣли, а миновалъ ее. И поэтому, вмѣсто того чтобы стать реформаторомъ юридической науки, какъ онъ того хотѣлъ, онъ остался только критикомъ ея, — критикомъ оригинальнымъ и во многихъ случаяхъ ниспровергающимъ, но только критикомъ.

Въ этомъ отношеніи значеніе трудовъ проф. Петражицкаго безспорно. Не слѣдуетъ только забывать, что односторонность исход-

---

[1]) См. вступительную статью редактора Б. А. Кистяковскаго.

Digitized by Google

ныхъ началъ часто дѣлаетъ односторонними и его критическія замѣчанія, что въ очень многихъ случаяхъ критика его можетъ быть понята и принята только съ точки зрѣнія психологической теоріи и что нерѣдко критика эта переходитъ въ гиперкритику, сгорающую въ собственномъ слишкомъ сильномъ огнѣ. Это прежде всего относится къ его гиперболическому отрицанію всей «теперешней не-опытной и противо-опытной науки права», которая за реальное въ правѣ принимаетъ то, что на самомъ дѣлѣ есть «нѣчто нереальное, идеологическое, фантастическое»[1]). Я думаю, что въ этомъ утвержденіи, какъ и во всѣхъ связанныхъ съ нимъ заключеніяхъ, критика Л. І. Петражицкаго грѣшитъ чрезмѣрностью и что спасеніе современной юриспруденціи заключается не въ радикальной замѣнѣ ея совершенно новою опытно-психологическою и кавзальною наукой права, а въ простомъ углубленіи ея нормативныхъ методовъ и понятій, въ свѣтѣ которыхъ то, что Л. І. Петражицкій называетъ нереальнымъ, идеологическимъ и фантастическимъ, является вполнѣ реальнымъ и безспорно дѣйствительнымъ.

Въ томъ сплошномъ отрицаніи всей предшествующей науки права, которое мы находимъ у почтеннаго профессора, есть нѣчто въ высокой степени антипедагогическое, и я сказалъ бы даже антикультурное. Ибо что иное можно сказать объ этомъ необузданномъ автодидактизмѣ, который стремится все выводить изъ себя, отрицаетъ многовѣковую работу научной культуры и разсматриваетъ великое наслѣдіе прошлаго, какъ прахъ и тлѣнъ, какъ мертвый хламъ типографской макулатуры. Подобно Фаусту, Л. І. Петражицкій, обращаясь къ юриспруденціи, готовъ воскликнуть:

Statt der lebendigen Natur,
Da Gott die Menschen schuf hinein,
Umgiebt in Rauch und Moder nur
Dich Thiergeripp und Todtenbein.

Но Фаустъ обращалъ свои горькія совѣтованія къ мертвой схоластической учености, почтенный же петербургскій профессоръ хочетъ отринуть ту науку, которая создана неумолчнымъ біеніемъ жизни. Такого рода замыслы по существу обречены на неудачу и неизбѣжно должны были потерпѣть крушеніе.

Къ сказанному я спѣшу прибавить, что въ крушеніи широкихъ замысловъ психологической теоріи едва ли слѣдуетъ винить только Л. І. Петражицкаго. Причина неудачи лежитъ не столько въ немъ,

---

[1]) Стран. 11 его статьи въ «Юридическомъ Вѣстникѣ».

Digitized by Google

сколько въ положеніи современной юриспруденціи и въ недостаткѣ ея средствъ. Проблемы, поставленныя Л. І. Петражицкимъ, требовали значительной философской разработки, а этой разработки основъ въ юриспруденціи не оказалось. Предъ неожиданностью тѣхъ сомнѣній, которыя предъявляла къ юридической наукѣ его критика, эта наука оказалась безсильною оправдать свои старыя позиціи. И вотъ онъ рѣшилъ, что эти позиціи надо оставить. Существовалъ однако и другой выходъ: эти позиціи можно было укрѣпить и сдѣлать ихъ неприступными. Въ этомъ, по моему мнѣнію, и состоитъ задача той реформы, которая ставится предъ современною мыслью.

Указывая границы психологической теоріи, я долженъ сдѣлать однако весьма существенную оговорку. То, что я сказалъ объ этихъ границахъ, нисколько не устраняетъ самостоятельнаго значенія доктрины Л. І. Петражицкаго: психологія правовыхъ переживаній не есть теорія права, но это есть нѣчто цѣнное an sich. Конечно, собственныя психологическія теоріи проф. Петражицкаго, и въ особенности его ученіе объ эмоціяхъ, подлежатъ еще значительной критикѣ и провѣркѣ. Многое изъ того, что онъ устанавливаетъ, едва ли останется въ наукѣ[1]). Но, какъ бы то ни было, ему принадлежитъ честь впервые завоевать права гражданства для этой области изслѣдованій, и тутъ уже не слѣдуетъ преуменьшать заслуги нашего выдающагося ученаго. Открыть Америку, совершенно новый и невѣдомый свѣтъ,—заслуга гораздо большая, чѣмъ пріѣхать, хотя бы и новымъ путемъ, въ старую и давно извѣстную всѣмъ Индію. Внушить юристамъ любовь къ кругосвѣтнымъ путешествіямъ, хотя бы временно и удаляющихъ ихъ отъ ихъ собственной твердой почвы, это настоящій подвигъ, который дается не всѣмъ:

...туда выносятъ волны
Только сильнаго душой.

II.

Опредѣливъ свое отношеніе къ психологической теоріи права, я теперь могу яснѣе указать, почему именно я думаю, что для философіи естественнаго права эта теорія опорой быть не можетъ. Сущность моей мысли заключается въ томъ, что заслуги психологической теоріи лежатъ внѣ предѣловъ юриспруденціи и нормативно-этическаго изученія права. Юристамъ и философамъ права съ этою

[1]) См. по этому поводу весьма существенныя замѣчанія Б. А. Кистяковскаго въ его статьѣ: «Реальность объективнаго права».

Digitized by Google

теоріей дѣлать нечего, и въ сочиненіяхъ Л. І. Петражицкаго ихъ могутъ интересовать не его разсужденія о психологическихъ эмоціяхъ, а его многочисленныя и мѣткія замѣчанія чисто юридическаго характера. Поэтому совершенно правильно поступаютъ тѣ изъ современныхъ юристовъ, которые въ самомъ началѣ своихъ трудовъ гдѣ-нибудь въ примѣчаніи или въ предисловіи указываютъ, что психологическая теорія права, можетъ быть, вещь и хорошая, но къ ихъ предмету отношенія не имѣющая. Такъ дѣлаютъ, напримѣръ, въ своихъ прекрасныхъ руководствахъ Д. Д. Гриммъ [1]) и Н. И. Лазаревскій [2]). Интереснымъ примѣромъ того, какъ здоровый юридическій инстинктъ спасаетъ иногда отъ внесенія психологической теоріи въ рамки юридическаго изслѣдованія, служитъ учебникъ по государственному праву Ѳ. Ѳ. Кокошкина. Этотъ талантливый ученый не прочь признать, слѣдуя проф. Петражицкому, что право есть явленіе психическое, что въ основѣ его лежитъ субъективное сознаніе обязанности. «Но, замѣчаетъ Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ, пока это сознаніе существуетъ лишь въ предѣлахъ изолированной психической жизни индивида, оно не создаетъ права, ибо здѣсь нѣтъ дѣйствительнаго закрѣпленія обязанности, нѣтъ реальнаго интереса, которому бы служила обязанность, и реальной воли, отъ которой бы она зависѣла. Право возникаетъ только тогда, когда одна и та же императивно-аттрибутивная норма существуетъ одновременно въ сознаніи нѣсколькихъ людей. Оно есть явленіе общественное, т.-е. явленіе не чисто-индивидуальной, а коллективной психологіи» [3]). Легкій нажимъ рычага, — и психологическая теорія спокойнѣйшимъ образомъ переходитъ на старые рельсы нормативной юриспруденціи, и только то обстоятельство, что Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ совершенно напрасно припутываетъ сюда коллективную психологію, свидѣтельствуетъ о нѣкоторой связи его съ психологической теоріей. Все это, конечно, весьма непослѣдовательно. Wenn schon, denn schon! Когда становишься на точку зрѣнія психологическаго пониманія права въ духѣ Л. І. Петражицкаго, то ужъ и приходится признавать за правовыя явленія договоры съ лѣшими и домовыми, какъ это дѣлаетъ самъ Л. І. Петражицкій со свойственной ему стихійной логичностью. Отъ суровыхъ послѣдствій психологической точки зрѣнія Ѳ. Ѳ. Кокошкина спасаетъ инстинктивное чув-

---

[1]) Д. Д. Гриммъ, Курсъ римскаго права. Т. I, В. I. С.-Пб. 1904, стран. III—IV.

[2]) Н. И. Лазаревскій, Русское государственное право. Т. I. Изд. 3-е С.-Пб. 1913, стран. 16—17.

[3]) Ѳ. Кокошкинъ, Лекціи по общему государственному праву. Изд. 2-е. М. 1912, стран. 119.

Digitized by Google

ство юриста. Послѣдовательность тутъ страдаетъ, но юриспруденція выигрываетъ. Нечего прибавлять, что на всемъ дальнѣйшемъ протяженіи учебника Ѳ. Ѳ. Кокошкина о психологической теоріи права нѣтъ и помина: изложеніе идетъ все время въ рамкахъ традиціонной юриспруденціи.

Можно было бы привести и другіе примѣры изъ новѣйшей юридической литературы, свидѣтельствующіе о томъ, что юристы наши совершенно правильно оцѣнили и заслуги психологической теоріи и ея предѣлы. И въ философско- правовой литературѣ не было недостатка въ критическихъ статьяхъ, совершенно вѣрно опредѣляющихъ настоящее отношеніе юриспруденціи къ психологической теоріи. Изъ статей болѣе раннихъ я упомяну рецензіи Б. Н. Чичерина [1]) и кн. Е. Н. Трубецкого [2]), помѣщенныя въ журналѣ «Вопросы философіи и психологіи», изъ статей позднѣйшихъ очерки Б. А. Кистяковскаго [3]) и Е. В. Спекторскаго [4]), которыя по моему мнѣнію особенно близко подошли къ указанію исходныхъ ошибокъ проф. Петражицкаго. Результатъ всѣхъ этихъ рецензій и статей можно было бы выразить такъ: опытъ реформы юриспруденціи путемъ превращенія ея въ опытно-психологическую науку надо признать неудавшимся; этотъ опытъ надо отвергнуть во имя автономіи юриспруденціи. Выводъ этотъ близокъ къ тому, чтобы также сдѣлаться въ русской литературѣ своего рода edictum tralaticium, какъ сдѣлалось имъ, по словамъ Л. І. Петражицкаго, утвержденіе о независимости отъ психологической теоріи ученія Штаммлера.

Послѣ всѣхъ этихъ указаній я могу теперь перейти къ разъясненію того, почему и въ какомъ смыслѣ я отвергаю значеніе психологической теоріи для философіи естественнаго права. Но для этого я прежде всего долженъ возстановить полностью соотвѣтствующее мѣсто моей прошлой статьи, которое Л. І. Петражицкій приводитъ не все, почему и получается впечатлѣніе, что въ отрицаніи своемъ я иду далѣе, чѣмъ это имѣетъ мѣсто на самомъ дѣлѣ. Вотъ что я говорилъ ранѣе (слова, опущенныя проф. Петражицкимъ, я подчеркиваю): «я нисколько не хочу умалять значеніе психологической теоріи Петражицкаго: для меня несомнѣнно, что она представляетъ крупную заслугу этого выдающагося юриста. Но обоснованія идеи

---

[1]) «Вопросы философіи и психологіи», кн. 55.
[2]) Ibid, кн. 57.
[3]) «Логосъ», М. 1910, кн. II. Статья: «Реальность объективнаго права». Статья эта была поистинѣ ударомъ не въ бровь, а въ глазъ. Отвѣта на нее Л. І. Петражицкаго мы не читали.
[4]) «Юридическій Вѣстникъ». М. 1913, кн. II. Статья: «Юриспруденція и философія».

Digitized by Google

естественнаго права мы все же у него не находимъ, и я думаю, что для того, кто хочетъ искать такого обоснованія, психологическая теорія права опорой быть не можетъ. Если и согласиться съ авторомъ, что для политики права его психологическая теорія можетъ имѣть значеніе, то для философіи естественнаго права помощи отъ нея ждать нельзя» (стран. 21). Читатель видитъ, что я дѣлаю различіе между политикой права и философіей естественнаго права. Я выражусь теперь, во избѣжаніе всякихъ недоразумѣній, еще болѣе рѣшительно: то, что почтенный профессоръ говоритъ о значеніи психологическихъ изысканій для политики права, если откинуть нѣкоторыя преувеличенія, встрѣчаетъ съ моей стороны полнѣйшее сочувствіе и вовсе не противъ этого я возражаю. Когда Л. І. Петражицкій, разъяснивши всю важность знанія причинныхъ отношеній для политики права, заключаетъ: «стало-быть тотъ, который, имѣя въ виду создать научный базисъ для научной политики права, пытается создать опытно-психологическую теорію права, совсѣмъ не попадаетъ въ Индію вмѣсто Америки, не сбивается съ пути, а какъ разъ идетъ по надлежащему пути», — то этимъ заключеніемъ своимъ онъ нисколько мнѣ не возражаетъ. Я вѣдь говорилъ совершенно о другомъ: что, идя такимъ путемъ, нельзя обосновать философію естественнаго права и что задача этого обоснованія у Л. І. Петражицкаго замѣнилась совершенно иною и новою задачей. Что въ этихъ своихъ утвержденіяхъ я былъ вполнѣ правъ, это подтверждаетъ и самъ критикуемый мною авторъ въ своей послѣдней статьѣ. «Задача, которую я себѣ поставилъ, пишетъ онъ, и надъ которой работалъ болѣе 20 лѣтъ и продолжаю работать, состоитъ въ обоснованіи возможности и научной подготовкѣ построенія науки законодательной, вообще правовой, политики на почвѣ опытно-психологическаго изученія права и его причинныхъ свойствъ, причинныхъ дѣйствій. Уже для того, чтобы знать и понимать, чего, какихъ причинныхъ эффектовъ можно съ помощью права достигнуть, какія задачи можно въ области законодательства и вообще правового творчества ставить и рѣшать, стало-быть, какіе идеалы, въ качествѣ достижимыхъ, здѣсь можно выставлять, необходимо знать природу и причинныя свойства права, какъ своеобразнаго причиннаго фактора соціально-психической жизни» (стран. 6—7). Такъ самъ уважаемый авторъ говоритъ о своей главной и основной задачѣ; и вотъ я спрашиваю: да развѣ это — задача философіи естественнаго права? Философія эта въ своихъ классическихъ образцахъ спрашивала не о томъ, какіе идеалы можно ставить, въ каче-

Digitized by Google

ствѣ достижимыхъ, а о томъ, каковъ долженъ быть идеалъ права; и познаніе этого идеала она выводила не изъ познанія причинныхъ эффектовъ, а изъ уразумѣнія смысла и цѣли человѣческой жизни. Какъ говорилъ я въ предшествующей своей статьѣ: «стремленія старыхъ учителей естественнаго права заключались въ томъ, чтобы найти идеалъ права, который не мѣняется отъ одного дня къ другому, а имѣетъ значеніе всегда и вездѣ. Они одушевлены были вѣрой, что есть общая и обязательная для всѣхъ людей и вѣковъ правда, соотвѣтствіе съ которой даетъ смыслъ и оправданіе всякому относительному и временному праву и что эту общую и вѣчную правду надо юристу прежде всего знать и почитать». Философія естественнаго права есть наука должныхъ отношеній, а не причинныхъ связей. И тутъ вполнѣ умѣстно то, что кажется столь недопустимымъ проф. Петражицкому, «конструированіе идеальнаго права помимо опыта и вопреки опыту», путемъ дедукціи изъ нѣкоторой верховной формулы, но только отнюдь не придуманной, а установленной въ качествѣ истины нравственнаго сознанія; какъ, наоборотъ, совсѣмъ недопустимо выведеніе верховнаго идеальнаго принципа изъ данныхъ условій и данныхъ причинныхъ связей. Когда спрашиваютъ, какіе идеалы можно ставить, въ качествѣ достижимыхъ, то на это слѣдуетъ отвѣтить: различные; при чемъ болѣе достижимыми будутъ тѣ, которые идутъ по линіи наименьшаго сопротивленія. Но «мы добиваемся осуществленія нашихъ идеаловъ не потому, что они возможны, а потому, что осуществлять ихъ повелительно требуетъ отъ насъ и отъ всѣхъ окружающихъ насъ сознанный нами долгъ»[1]). Какъ писалъ я уже ранѣе въ той самой статьѣ въ «Проблемахъ идеализма», на которую ссылается Л. І. Петражицкій, въ этой области «первенство принадлежитъ нравственному долженствованію: причинныя соотношенія берутся только въ соотвѣтствіи съ этимъ высшимъ и первенствующимъ принципомъ. Строить систему нравственныхъ опредѣленій въ обратномъ порядкѣ, начинать отъ условій и причинъ и затѣмъ уже переходить къ принципамъ и цѣлямъ, — какъ на этомъ между прочимъ настаиваетъ позитивизмъ, — значитъ ставить вопросъ на совершенно ложную почву: тутъ есть опасность полнаго извращенія нравственной проблемы. Вмѣсто того чтобы получить широкую и принципіальную постановку, она рискуетъ погрязнуть въ узкой сферѣ даннаго опыта и въ мелкихъ соображеніяхъ практической жизни». Вотъ единственная позиція, на которой можетъ стоять философія есте-

[1]) Слова Б. А. Кистяковскаго въ сборникѣ «Проблемы идеализма». Стран. 338.

Digitized by Google

ственнаго права въ своемъ исканіи высшаго идеальнаго критерія. Стало-быть ясно, что когда проф. Петражицкій поставилъ своей задачей «опытно-психологическое изученіе права и его причинныхъ свойствъ, причинныхъ дѣйствій», то онъ именно и избралъ такой путь, идя по которому нельзя придти къ обоснованію естественнаго права. Въ этомъ смыслѣ я и говорилъ, что возрожденія естественнаго права его психологическая теорія не даетъ.

Что это именно такъ, что опытно-психологическое изслѣдованіе причинныхъ связей въ области права не даетъ намъ идеала права и представленія о должномъ, что для полученія такого идеала и представленія надо обратиться къ инымъ источникамъ, эти общеизвѣстныя положенія я могу подтвердить теперь ссылкой на авторитетъ, конечно, безспорный въ глазахъ Л. І. Петражицкаго, а именно на самого Л. І. Петражицкаго. Приведя мои слова (изъ статьи 1902 года), что психологическая теорія есть «не болѣе какъ путь и ступень, оставаясь на которыхъ, мы еще не можемъ притти отъ эмпирическихъ явленій къ идеальнымъ началамъ», уважаемый профессоръ въ примѣчаніи прибавляетъ: «я съ этимъ, конечно, вполнѣ согласенъ» (стран. 13, примѣч. 1). Далѣе по поводу моего указанія, что одна психологическая теорія для политики права недостаточна, что «для политики прежде всего необходимо выяснить вопросъ о цѣли права и опредѣлить ее съ точки зрѣнія должнаго», авторъ замѣчаетъ, что это исполнено имъ еще 20 лѣтъ тому назадъ въ появившемся въ 1893 году первомъ томѣ «Lehre vom Einkommen». Въ этомъ, а затѣмъ и въ другихъ позднѣйшихъ своихъ сочиненіяхъ онъ выяснилъ, что идеальною цѣлью политики права является «достиженіе совершеннаго соціальнаго характера, совершенное господство дѣйственной любви въ человѣчествѣ». — Почтенный авторъ не будетъ, конечно, спорить съ тѣмъ, что эта идеальная цѣль права не выведена имъ изъ психологической теоріи, оставаясь на почвѣ которой, какъ самъ онъ съ этимъ согласился, нельзя придти къ идеальнымъ началамъ. Независимо отъ всякихъ дальнѣйшихъ разъясненій, каждому очевидно, что идеалъ дѣйственной любви открытъ намъ не какими-либо психологическими изслѣдованіями, это — завѣтъ христіанской морали, и Л. І. Петражицкій взялъ его изъ того же источника, изъ котораго онъ извѣстенъ всему культурному человѣчеству. Такъ именно и говоритъ онъ въ «Lehre vom Einkommen»: «das höchste und allein dauernde Ideal... ist schon längst klar und deutlich ausgesprochen». Замѣчу здѣсь, что и въ области философіи права принципъ любви, какъ высшій идеалъ, не составляетъ чего-либо новаго и необычнаго. Нѣмецкій мыслитель Томазій еще въ 1692 году сдѣлалъ опытъ

Digitized by Google

положить въ основу политики принципъ любви, и при томъ совершенно такъ же, какъ и Л. І. Петражицкій, онъ говоритъ о любви разумной, сочетающейся съ разумомъ: «von der Kunst vernünftig und tugendhaft zu lieben». Затѣмъ и Лейбницъ подчинялъ право и правду началу любви, утверждая, что правда есть не что иное, какъ любовь мудраго, caritas sapientis. Не буду приводить соотвѣтствующихъ средневѣковыхъ и древнегреческихъ ученій, но считаю необходимымъ отмѣтить, что въ очень недалекомъ прошломъ принципъ любви, какъ высшій критерій общественной жизни, былъ положенъ въ основу «священной формулы практическаго позитивизма» Огюстомъ Контомъ, при чемъ совершенно такъ же, какъ и Л. І. Петражицкій, Контъ полагалъ, что идея права со временемъ исчезнетъ, и вмѣсто нея воцарится начало любви, которое должно одушевлять всю нашу жизнь. Наконецъ, упомяну и о томъ, что въ наше время принципъ любви въ разнообразныхъ пониманіяхъ и преломленіяхъ встрѣчается въ самыхъ различныхъ соціальныхъ ученіяхъ, начиная отъ радикальнаго анархизма Толстого до офиціальной доктрины современнаго французскаго государства съ его проповѣдью всеобщей солидарности и съ требованіемъ соотвѣтствующаго соціальнаго воспитанія. Л. І. Петражицкій тутъ несомнѣнно наименѣе оригиналенъ и даже вовсе не оригиналенъ. Насколько новой и своеобразной является его психологическая теорія, настолько старой, а въ извѣстномъ смыслѣ, какъ я покажу далѣе, и старомодной представляется его философія любви, какъ ученіе о соціальномъ идеалѣ. Въ его опытно-психологическую, разсудочно-холодную науку политики права вносится тутъ свѣтъ старой и вѣчной проповѣди, и даже болѣе того: въ эту науку врывается струя сентиментальности, которая, я долженъ это сказать, дѣлаетъ весьма привлекательнымъ весь обликъ автора, какъ пламенно и непосредственно, почти по дѣтски вѣрующаго идеалиста.

Для меня этотъ придатокъ идеализма въ теоріи автора служитъ лучшимъ свидѣтельствомъ того, что на его пути дѣйствительно свѣтилъ свѣтъ естественнаго права, тотъ идеальный свѣтъ, который возвышается надъ временными различіями и національными перегородками, который составляетъ правду всегда и для всѣхъ. Значитъ, я былъ правъ, когда говорилъ, что авторъ искалъ Индіи, что онъ стремился къ возрожденію естественнаго права. Но то, что въ этомъ отношеніи онъ намъ предлагаетъ, свидѣтельствуетъ лишь о томъ, что онъ ее искалъ, а не о томъ, что онъ ее нашелъ. Кто же въ самомъ дѣлѣ въ нашъ вѣкъ философскаго критицизма удовлетворится такимъ суммарнымъ и общимъ устано-

Digitized by Google

вленіемъ верховнаго соціальнаго идеала, какой мы находимъ у профессора Петражицкаго? Вѣдь здѣсь требуется и философское обоснованіе этого идеала, и уясненіе цѣлаго ряда связанныхъ съ нимъ проблемъ. Уважаемый профессоръ взялъ въ качествѣ верховнаго принципа политики права такое начало, которое по общему убѣжденію культурнаго человѣчества составляетъ дѣйствительно высшую моральную заповѣдь. Въ такой общей и само собою разумѣющейся формѣ кто же будетъ съ этимъ спорить? Но именно въ виду общности этого начала, какъ верховный принципъ права, оно является столько же безспорнымъ, сколько и недостаточнымъ. Право имѣетъ свои собственныя начала, чрезъ посредство которыхъ оно стремится къ осуществленію идеала любви. Здѣсь встрѣчаютъ насъ такія понятія, какъ свобода и равенство, личныя притязанія и общественныя обязанности. Здѣсь должна быть разрѣшена сложная проблема о путяхъ общественнаго прогресса, проблема синтеза личнаго и общественнаго началъ, требованій относительнаго и велѣній безусловнаго. Всѣ эти начала и проблемы, которыми со временъ древнихъ греческихъ философовъ неустанно занимается философія права, должны быть сведены въ систему, должны быть изслѣдованы и сопоставлены въ своемъ логическомъ значеніи и соотношеніи. Совокупность возникающихъ при этомъ вопросовъ составляетъ огромную и сложную область философскаго познанія: это и есть философія права въ собственномъ смыслѣ этого слова, при чемъ она не только не нуждается въ какой-либо психологической теоріи, но даже сознательно стремится къ устраненію всякаго психологизма изъ своихъ абстрактно-логическихъ обобщеній. Задача тутъ заключается именно въ томъ, чтобъ освободить эти обобщенія отъ элементовъ субъективно-психологическихъ и поставить ихъ на почву объективно-нормативной, этической теоріи. На необходимость такой теоріи права у Л. І. Петражицкаго есть только намеки. Онъ просто этимъ не занимается. Какъ мы уже видѣли, самъ онъ опредѣляетъ свою главную задачу, «надъ которой онъ работалъ болѣе 20 лѣтъ и продолжаетъ работать», такимъ образомъ, что она «состоитъ въ обоснованіи возможности и научной подготовкѣ построенія науки законодательной, вообще правовой, политики на почвѣ опытно-психологическаго изученія права и его причинныхъ свойствъ, причинныхъ дѣйствій». Въ этомъ онъ видитъ какъ бы жизненное свое призваніе. Конечно, нельзя требовать отъ ученаго, чтобъ онъ занимался всѣмъ: и то, что даетъ намъ Л. І. Петражицкій, есть значительное обогащеніе научной мысли. Но вмѣстѣ съ тѣмъ читатель теперь ясно видитъ, насколько я былъ правъ, когда въ предшествующей своей статьѣ

Digitized by Google

говорилъ: «ища обоснованія для своего пониманія естественнаго права и для построенія политики права, онъ нашелъ психологическую теорію права, на которой и остановился. Я нисколько не хочу умалять значенія психологической теоріи Петражицкаго; для меня несомнѣнно, что она представляетъ крупную заслугу этого выдающагося юриста. Но обоснованія идеи естественнаго права мы все же у него находимъ».

III.

Я указалъ выше, въ какомъ смыслѣ я считаю психологическую теорію крупнѣйшею заслугой Л. І. Петражицкаго. Я указалъ также, что я вполнѣ раздѣляю его мысль о важности психологическихъ изысканій для политики права. Но, чтобы и здѣсь мои слова не были поняты такъ, будто я являюсь безусловнымъ сторонникомъ «науки политики права» въ томъ видѣ, какъ ее проектируетъ Л. І. Петражицкій, я долженъ сдѣлать нѣкоторыя существенныя оговорки.

Я замѣтилъ ранѣе, что въ теоріи нашего выдающагося ученаго, при всей ея оригинальности и новизнѣ, есть нѣчто старомодное. Я имѣю въ виду его вѣру, что можно найти и что онъ даже ужъ и нашелъ средство «къ научно-обоснованному предопредѣленію тѣхъ результатовъ, наступленія которыхъ слѣдуетъ ожидать въ случаѣ введенія извѣстныхъ правоположеній». Л. І. Петражицкій убѣжденъ, что ему удалось открыть ключъ къ надлежащему пониманію дѣйствія правовыхъ реформъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и къ достиженію желательныхъ эффектовъ въ области законодательства. Какъ естествоиспытатель съ безспорною точностью вызываетъ по своему желанію тѣ или другія явленія естественнаго міра, пользуясь знаніемъ причинныхъ связей вещей, такъ и законодатель съ помощью открытаго Л. І. Петражицкимъ научнаго свѣта опытно-психологической теоріи можетъ — или могъ бы, если бы эта теорія была законченной, — предвидѣть и вызывать желаемые и возможные въ предѣлахъ данныхъ причинныхъ соотношеній соціальные эффекты. И авторъ психологической теоріи уже предвидитъ ясный и прямой путь къ великой цѣли, когда все человѣчество будетъ объято узами дѣйственной любви, когда не надо будетъ людямъ никакихъ сдерживающихъ нормъ ни права, ни нравственности, когда добровольно и свободно будетъ осуществляться то, что теперь исполняется подъ давленіемъ нравственныхъ или правовыхъ санкцій (стран. 15, 34, 50).

Передъ нами въ полной силѣ старая вѣра въ грядущій золотой вѣкъ исторіи, въ конечное совершенство человѣчества, достижимое

Digitized by Google

въ предѣлахъ историческаго прогресса. И подобно авторамъ старыхъ ученій этого рода, Л. І. Петражицкій думаетъ, что въ его рукахъ есть драгоцѣнный талисманъ, есть спасительное и универсальное средство, съ помощью котораго можно послѣдовательно достигнуть этого будущаго золотого вѣка.

Блаженъ, кто вѣруетъ! И едва ли я ошибусь, если скажу, что именно эта вѣра Л. І. Петражицкаго составляетъ одну изъ самыхъ заманчивыхъ сторонъ его доктрины. На всѣхъ, не искусившихся въ сложныхъ путяхъ и задачахъ общественной науки, эта прекрасная вѣра проф. Петражицкаго дѣйствуетъ, какъ настоящее откровеніе, какъ сбывшаяся великая мечта. Пріятно думать, что вотъ, наконецъ, въ XX вѣкѣ, благодаря открытію нашего ученаго, возсіялъ человѣчеству истинный свѣтъ науки политики права и что лѣтъ черезъ 100 или 200 (я пользуюсь исчисленіемъ времени самого Л. І. Петражицкаго: столько именно онъ даетъ на возможное завершеніе науки политики права)[1]) возможна уже будетъ «сознательно-раціональная утилизація подлежащаго теоретическаго научнаго свѣта на благо человѣчества, для достиженія желательнаго соціальнаго поведенія и соціальнаго воспитанія». Да, это именно она, сладкая оптимистическая философія полковника Вершинина изъ «Трехъ сестеръ»! Когда такъ исчисляютъ сроки возможнаго блаженства, невольно припоминаются утопическія размышленія чеховскаго героя о томъ, какъ «черезъ двѣсти, триста лѣтъ жизнь на землѣ будетъ невообразимо прекрасной, изумительной», — философія, очевидно, пріятная для всѣхъ полковниковъ, какъ военныхъ, такъ и штатскихъ.

Но будемъ же откровенны и признаемъ во всей силѣ, что «нѣтъ до сихъ поръ научной политики права», какъ это говоритъ самъ творецъ этой прекрасной науки на стран. 9. Давно обѣщана она авторомъ, какъ вторая часть его «Теоріи права», но тщетно ждемъ мы ее до сихъ поръ. А теперь еще вдобавокъ мы узнаемъ, что завершенія этой науки до степени ея практической пригодности намъ придется ждать 100 или даже 200 лѣтъ. Я написалъ эти цифры, по указанію Л. І. Петражицкаго, про себя же я невольно думаю: если уже дѣло дошло до того, что тутъ надо считать сотнями лѣтъ, то почему бы не сказать и 300—400. Кто поручится за точность своего счета въ отношеніи къ столь отдаленному будущему?

Конечно, Л. І. Петражицкій, какъ ученый рѣдкой діалектической силы и значительной основательности, представилъ очень много

---

[1]) Стран. 9 статьи въ «Юридическомъ Вѣстникѣ». Авторъ дѣлаетъ свой счетъ въ отношеніи къ прошлому, но очевидно, что этотъ счетъ относится и къ будущему, въ виду чрезвычайной сложности предстоящей тутъ задачи.

Digitized by Google

данныхъ для сужденія о цѣлесообразности и плодотворности своего метода. Какъ самъ онъ говоритъ о себѣ, у него «обоснованіе и объясненіе природы правно-политическаго[1]) (комбинированнаго, дедуктивно-индуктивнаго) метода разработаны въ общей формѣ весьма внимательно и обстоятельно; одной проблемѣ фактической, опытно-индуктивной, провѣрки правно-политическихъ дедуктивныхъ выводовъ съ помощью разныхъ данныхъ, въ томъ числѣ статистическихъ, посвящено болѣе сорока страницъ» (стран. 54—55). По собственному же указанію Л. І. Петражицкаго, надо здѣсь принять во вниманіе и его «обильныя и кропотливыя монографическія изслѣдованія, демонстрирующія природу и научную солидность и плодотворность подлежащаго метода». Пройдемъ мимо этого смущающаго изобилія похвалъ и рекомендательныхъ словъ по адресу «подлежащаго метода» и согласимся съ авторомъ, что все это дѣйствительно такъ. Но, когда мы обдумываемъ то, что даетъ намъ авторъ, и когда мы взвѣшиваемъ силу его обѣщаній и широту рисуемыхъ имъ перспективъ, мы видимъ, что есть здѣсь нѣкоторое несоотвѣтствіе и что та наука политики права, которую мы будемъ имѣть черезъ 100 или 200 лѣтъ, будетъ, вѣроятно, нѣсколько иная и болѣе скромная, чѣмъ обѣщаетъ намъ ея современный представитель. Въ самомъ дѣлѣ, предвидя въ будущемъ возможность «сознательно-раціональной утилизаціи подлежащаго теоретическаго научнаго свѣта», авторъ опираетъ всю силу этого будущаго достиженія на свою психологическую теорію и на дальнѣйшую ея разработку. Идея педагогической психологіи человѣчества — вотъ что сіяетъ ему свѣтомъ яркаго, ослѣпляющаго солнца, и внѣ этого онъ ничего не хочетъ видѣть. Но мы знаемъ, что политика существовала и разрабатывалась задолго до автора психологической теоріи и что мыслители всѣхъ временъ, начиная съ Платона и Аристотеля, мечтали о сознательномъ регулированіи жизни, о раціонализаціи общественныхъ отношеній. При этомъ очень многіе изъ нихъ, и прежде всего оба древнихъ философа, весьма высоко оцѣнивали воспитательную функцію права и государства, какъ это дѣлаетъ и Л. І. Петражицкій. Но на всемъ протяженіи своего многовѣкового развитія политическая мысль

---

[1]) Замѣчу здѣсь кстати, что придуманное Л. І. Петражицкимъ выраженіе «правно-политическій» есть неологизмъ, мало понятный, некрасиво звучащій и явно противорѣчащій строю живой русской рѣчи. Сложное слово этого рода можно было бы образовать лишь въ томъ случаѣ, если бы существовало прилагательное «правный». Но такого прилагательнаго нѣтъ. Въ старомъ русскомъ языкѣ встрѣчалось слово «правность», въ смыслѣ невиновность; это какъ-будто говоритъ за то, что могло быть и прилагательное «правный». Но слова эти не удержались въ языкѣ, да и значеніе они имѣли совершенное иное, чѣмъ въ неологизмѣ проф. Петражицкаго.

Digitized by Google

въ своихъ великихъ замыслахъ ораціонализаціи общественныхъ отношеній и перевоспитаніи человѣчества неизмѣнно встрѣчалась съ однимъ и тѣмъ же великимъ препятствіемъ: съ объективными данными исторической дѣйствительности. Мало имѣть идеалы, надо имѣть также и средства къ ихъ осуществленію, а эти средства лишь въ относительной степени зависятъ отъ воли законодателей, реформаторовъ и вождей. И тутъ не помогутъ никакія психологическія изысканія, никакое познаніе психологическихъ эмоцій и реакцій (какъ ни важно все же ихъ относительное значеніе): помимо субъективныхъ психологическихъ факторовъ, тутъ дѣйствуютъ также и объективныя условія общественной жизни во всей ихъ неизмѣримой сложности и глубинѣ и загадочной, ирраціональной таинственности. Какъ говорилъ общій нашъ учитель Монтескье, законы зависятъ отъ цѣлаго ряда объективныхъ условій, которыя въ совокупности своей составляютъ ихъ духъ, и этого духа законовъ не создашь по любому образцу произвольными комбинаціями. Для всего нужно свое время и свое мѣсто, цѣлый рядъ подходящихъ историческихъ и естественныхъ условій. Да развѣ Л. І. Петражицкій этого не знаетъ? — спроситъ читатель. Конечно, знаетъ и очень хорошо знаетъ. Какъ прекрасно говоритъ онъ, напримѣръ, о «сложнѣйшемъ дѣлѣ соціальной мотивацін и постепеннаго перевоспитанія въ тысячахъ отношеній человѣческой природы въ направленіи устраненія тысячи диссонансовъ и дисгармоній и приспособленій къ разумной человѣческой жизни на новыхъ началахъ»! Онъ знаетъ, что это сложнѣйшее дѣло совершается не сразу, а лишь постепенно, въ результатѣ естественной эволюціи. И однако, когда онъ говоритъ о своемъ «правно-политическомъ» методѣ, мы чувствуемъ, какъ эта сложнѣйшая проблема сразу упрощается: все сводится къ «опытно-психологическому изученію права и его причинныхъ свойствъ, причинныхъ дѣйствій». Получается такое впечатлѣніе, какъ будто, изучивъ причинные эффекты, которыхъ съ помощью права можно достигнуть, мы и получимъ все, что намъ нужно, чтобы двигать соціальный прогрессъ. Наука политики права, утвержденная на психологіи, возводится въ рангъ своего рода единственной и всемогущей руководительницы жизни. А индивидуально-психическій міръ человѣка, надлежащимъ образомъ налаженный, превращается въ какую-то волшебную реторту, въ которой всѣ факторы общественной жизни преображаются и совершенствуются, неукоснительно обращаясь на благо человѣчества. Мы не забываемъ, конечно, оговорки автора, что все это будетъ только черезъ 100—200 лѣтъ и что пока еще ничего этого нѣтъ; но все же и объ этомъ

Digitized by Google

будущемъ можно говорить такъ и иначе, и, когда о немъ говоритъ почтенный авторъ, мы имѣемъ такое впечатлѣніе, что образцомъ его будущей всемогущей науки политики права являются тѣ прикладныя опытныя науки, которыя, опираясь на точное знаніе естественныхъ причинъ, могутъ въ любой моментъ получать желаемые эффекты. И человѣкъ, съ которымъ оперируетъ Л. І. Петражицкій, согласно этому натуралистическому взгляду, есть человѣкъ абстрактный, реагирующій на правовыя реформы по строгимъ законамъ эмоціональной психологіи, человѣкъ, опустошенный отъ своего историческаго содержанія и поставленный въ условія безвоздушной среды. Это — человѣкъ подъ стекляннымъ колпакомъ, съ которымъ и можно продѣлывать желаемыя реформы и получать ожидаемые результаты. Тутъ дѣйствительно и безъ дара пророческаго можно предвидѣть все, что нужно, и достигать того, чего желаешь. Здѣсь-то мы и подходимъ къ тѣмъ старомоднымъ придаткамъ, которые такъ неожиданно встрѣчаютъ насъ въ оригинальной доктринѣ нашего ученаго. И тутъ я готовъ признать, что и въ психологической теоріи Л. І. Петражицкаго совершается возрожденіе извѣстныхъ элементовъ стараго естественнаго права. Я говорилъ выше о его вѣрѣ въ грядущій золотой вѣкъ, когда не нужно будетъ человѣчеству ни нравственности, ни права, когда наступитъ ангельское житіе. Возрождая эту старую мечту, вмѣстѣ съ нею Л. І. Петражицкій реставрируетъ и тотъ абстрактный натурализмъ, на которомъ она утверждалась. При всей своей самобытности нашъ почтенный профессоръ имѣетъ совершенно опредѣленную генеалогію, которую весьма нетрудно выяснить и установить: по своимъ философскимъ предпосылкамъ его доктрина восходитъ къ преданіямъ Конта, Милля и Спенсера. Въ ней живетъ и господствуетъ тотъ духъ стариннаго позитивизма, который въ семидесятыхъ и восьмидесятыхъ годахъ культивировался въ русскихъ университетахъ и который позднѣе смѣнился болѣе сложными и глубокими философскими теченіями. Въ особенности же ярко чувствуется въ ней духовное вліяніе контизма: то своеобразное сочетаніе культа положительнаго знанія съ сентиментальными идеями и хиліастическими чаяніями, которое мы находимъ у Л. І. Петражицкаго, самымъ очевиднымъ образомъ сближаетъ и роднитъ его съ Контомъ. По своему общему философскому направленію доктрина нашего уважаемаго профессора есть контизмъ, но контизмъ суженный и укороченный, вдвинутый въ тѣсныя рамки спеціально-юридическаго міросозерцанія. Тотъ духъ, которымъ живетъ доктрина профессора Петражицкаго, для нашихъ дней есть überwundener Standpunkt. Я думаю, что философія нашего времени должна

Digitized by Google

освободиться и отъ мечтательнаго хиліазма, и отъ раціоналистическаго натурализма. Осуществленіе естественнаго права должно мыслиться нами не въ видѣ достиженія какого-то счастливаго золотого вѣка, а подъ угломъ безконечности, въ рядѣ не прекращающихся усилій и дѣйствій. Абстрактному же натурализму мы должны противопоставить ученіе о конкретномъ развитіи человѣческой личности во всей полнотѣ ея безконечныхъ особенностей и своеобразій. Но я перехожу здѣсь въ область собственныхъ своихъ воззрѣній, о которыхъ слѣдуетъ писать не въ краткой полемической статьѣ, а въ особомъ изслѣдованіи, что я въ настоящее время и дѣлаю.

IV.

Послѣ всего сказаннаго понятно, почему я, къ сожалѣнію, не могу воспользоваться столь дружелюбно и по товарищески предложенными мнѣ указаніями на нѣкоторыя ошибки, вкравшіяся, по мнѣнію Л. І. Петражицкаго, въ мою прошлую статью, «мѣшающія достиженію искомаго свѣта въ статьѣ и могущія существенно умалить научную успѣшность и цѣнность подготовляемаго болѣе крупнаго труда» (стран. 6). Я очень цѣню этотъ обмѣнъ мнѣній и весьма благодаренъ за него почтенному профессору; онъ очень существенно помогаетъ уясненію нашихъ разногласій, и если это совершается не въ томъ направленіи, въ какомъ бы желалъ авторъ психологической теоріи, то это даже лучше: вѣдь высшее единство рождается не изъ однотоннаго повторенія какого-либо частнаго мнѣнія, а изъ сочетанія многообразныхъ особенностей. Очень я сожалѣю, что не могу воспользоваться и тѣми справками по исторіи возрожденія естественнаго права, которыя предлагаетъ мнѣ проф. Петражицкій, такъ какъ эти справки рѣшительно противорѣчатъ имѣющимся у меня фактическимъ даннымъ. Спѣшу однако оговориться: одно исправленіе я охотно принимаю и весьма благодарю за него Л. І. Петражицкаго, — то, которое касается процесса возрожденія естественнаго права у него самого. Какъ онъ говоритъ, дѣло тутъ было такъ, что сначала онъ пришелъ къ открытію и уразумѣнію возможности научно-психологическаго изученія права[1]), а затѣмъ уже, «на этой опытно-психологической почвѣ научной, понимающей и предвидящей, политики права» онъ пришелъ и «къ во-

[1]) Конечно, здѣсь надо имѣть въ виду, что это первоначальное открытіе имѣло характеръ лишь общаго уразумѣнія будущихъ путей психологической теоріи. Ту законченную теорію, которую мы находимъ въ позднѣйшихъ трудахъ автора, въ «Lehre von Einkommen» онъ, повидимому, только предчувствуетъ.

Digitized by Google

зобновленію идеальнаго дѣла прежнихъ школъ естественнаго права». Я дѣйствительно рисовалъ въ отношеніи къ Л. І. Петражицкому дѣло нѣсколько иначе, готовъ въ этомъ отношеніи сдѣлать исправленіе въ своемъ подготовляемомъ трудѣ, и тѣмъ болѣе охотно, что оно ничуть не мѣняетъ моихъ общихъ заключеній: раньше или позже открытія психологической теоріи пришелъ Л. І. Петражицкій къ идеѣ возрожденія естественнаго права, для моихъ выводовъ это довольно безразлично. Остается въ силѣ то, что я говорилъ, что возрожденіе естественнаго права у него не произошло, замѣнившись, какъ это разъяснено выше, новою и иною доктриной.

Но съ чѣмъ я никакъ не могу согласиться и противъ чего самымъ категорическимъ образомъ возражаю, это то, что Л. І. Петражицкій свой собственный процессъ возвращенія къ идеальному дѣлу естественнаго права превращаетъ въ процессъ общій для всѣхъ, кто ранѣе его, одновременно съ нимъ и послѣ него пришелъ къ аналогичнымъ мыслямъ о возрожденіи этого стараго дѣла. «И порядокъ разрушенія укорененныхъ предразсудковъ позитивистической юриспруденціи», говоритъ проф. Петражицкій, «и замѣна ихъ признаніемъ возможности и желательности «возрожденія естественнаго права» въ видѣ науки политики права..., какъ не трудно всякому желающему убѣдиться по соотвѣтственной литературѣ тогдашняго времени, критическимъ статьямъ, брошюрамъ и проч. былъ таковъ, что прежде всего получилось весьма рѣшительное... признаніе удачности результатовъ подлежащаго метода, затѣмъ... на этой почвѣ признаніе возможности науки политики права» (стран. 12). Стараясь въ дальнѣйшемъ доказать, что Штаммлеръ свои основныя мысли заимствовалъ изъ «Lehre vom Einkommen», Л. І. Петражицкій приходитъ такимъ образомъ къ заключенію, что возрожденіе естественнаго права совершилось на почвѣ предпосылокъ проектированной имъ науки политики права, что онъ одинъ стоитъ въ центрѣ этого движенія, а всѣ остальные идутъ по его слѣдамъ. Это именно то, что мнѣ уже пришлось оспаривать въ краткомъ примѣчаніи къ моей предшествующей статьѣ и что я считаю фактически ошибочнымъ и неправильнымъ. Для того, чтобы въ этомъ убѣдиться, слѣдуетъ обратиться не къ тѣмъ критическимъ статьямъ и брошюрамъ, которыя вслѣдъ за Л. І. Петражицкимъ говорили о возможности и желательности «возрожденія естественнаго права» въ видѣ науки политики права, а къ другимъ статьямъ, брошюрамъ и книгамъ, которыя говорили о естественномъ правѣ внѣ всякой зависимости отъ возможности или невозможности науки политики права. Я ука-

Digitized by Google

залъ въ прошлой своей статьѣ, что брошюра Штаммлера[1]) «Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie» (1888 г.) и моя книга «Историческая школа юристовъ» (1896 г.) говорили о неустранимой сущности естественно-правовыхъ стремленій внѣ всякой связи съ идеями Л. І. Петражицкаго. Но это далеко не единственные примѣры этого рода. Въ приложеніи (1) къ упомянутой моей книгѣ и затѣмъ въ статьѣ «Нравственный идеализмъ въ философіи права» (1902 г.) я привожу цѣлый рядъ именъ и статей, такъ или иначе связанныхъ съ дѣломъ возрожденія естественнаго права. Далѣе въ статьѣ своей «Государство и право» (1904 г.) на основаніи анализа юридическихъ теорій въ области нѣмецкаго государственнаго права я прихожу къ заключенію, что въ нихъ «естественное право воскресаетъ, проявляется и живетъ». Въ настоящее время я могъ бы всѣ эти ссылки значительно умножить и расширить. Особенно это слѣдуетъ сдѣлать въ отношеніи къ французской литературѣ, гдѣ появилось даже и особое сочиненіе о возрожденіи естественнаго права, а именно книга Charmont, La renaissance du droit naturel (1910 г.). Проф. Петражицкій напрасно сталъ бы искать въ этой книгѣ слѣдовъ вліянія своей «науки политики права». При указаніи новыхъ явленій въ области естественнаго права необходимо было бы теперь прибавить и рядъ указаній на русскія работы, которыя опять таки движутся въ плоскости понятій, совершенно чуждыхъ идеямъ проф. Петражицкаго. Я особенно укажу на совершенно ясно формулированную теорію естественнаго права кн. Е. Н. Трубецкого, который развиваетъ свои идеи не только внѣ всякой зависимости, но въ прямой противоположности воззрѣніямъ петер-

[1]) Ссылку на указанную брошюру Штаммлера я считаю правильнымъ сохранить во всей ея неприкосновенности и незыблемости, несмотря на возраженія Л. І. Петражицкаго. Что бы ни говорилъ по этому поводу проф. Петражицкій, фактъ остается фактомъ: въ статьѣ этой за 5 лѣтъ до появленія трудовъ проф. Петражицкаго Штаммлеръ говоритъ съ полною ясностью о необходимости естественно-правовой точки зрѣнія. Это былъ первый призывъ къ возрожденію естественнаго права, призывъ тѣмъ болѣе интересный, что здѣсь съ большою методологическою отчетливостью естественно-правовая точка зрѣнія противопоставляется методѣ исторической школы. Какое впечатлѣніе въ свое время произвела эта статья на юристовъ, это видно изъ слѣдующихъ словъ Бергбома: «Seine... Festschrift «Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie», Halle 1888, greift jedem Juristen ans Herz; ich darf hier voraussetzen, dass jeder sie gelesen hat». И далѣе: «Mich hat sie weidlich schwitzen machen» (SS. 141, 142). — Что же касается замѣчанія Л. І. Петражицкаго, что точку зрѣнія Штаммлера въ этой статьѣ Бергбомъ не причисляетъ къ ученіямъ отвергаемаго имъ естественнаго права, то это замѣчаніе какъ разъ и доказываетъ то, что мнѣ требуется доказать: что уже въ 1888 году Штаммлеръ даетъ намъ не простое воспроизведеніе естественно-правового воззрѣнія со всѣми его недостатками, а новое естественное право; это и есть именно «возрожденіе естественнаго права». Бергбомъ, какъ показываетъ его собственное признаніе, былъ какъ бы ошеломленъ этимъ новымъ оборотомъ отвергаемаго имъ направленія, которое въ этой новой формѣ не подпадало подъ его весьма одностороннюю критику.

Digitized by Google

бургскаго профессора. Наконецъ цѣлый рядъ молодыхъ московскихъ ученыхъ также работаетъ въ направленіи, рѣзко оппозиціонномъ психологической теоріи и наукѣ политики права[1]). Изученіе весьма значительной въ наше время литературы по естественному праву обнаруживаетъ, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ очень широкимъ теченіемъ, идущимъ весьма разнообразными путями. И какъ не разъ уже мнѣ приходилось разъяснять ранѣе, этотъ поворотъ къ идеѣ естественнаго права знаменуетъ собою нѣкоторый глубокій процессъ въ жизни и мысли современныхъ обществъ. Причины возрожденія естественнаго права гораздо болѣе сложны, чѣмъ случайное вліяніе какого-либо отдѣльнаго, хотя бы и весьма выдающагося ученаго. Этимъ дѣйствіемъ нѣкоторыхъ болѣе общихъ причинъ и объясняется, что съ разныхъ сторонъ и независимо другъ отъ друга столь многіе писатели выступили на защиту старой доктрины. Пусть многое, что пишется въ этомъ направленіи, и не имѣетъ болѣе глубокаго научнаго значенія — какъ не имѣютъ его и тѣ критическія статьи и брошюры, на которыя ссылается Л. І. Петражицкій; но все это представляетъ огромный интересъ именно въ своей совокупности, какъ обнаруженіе широкаго и жизненнаго движенія въ пользу реформы юриспруденціи. Пусть многіе писатели ограничиваются нерѣдко простымъ признаніемъ неумирающаго значенія естественнаго права и необходимости его возрожденія, но и это одно имѣетъ огромную важность, какъ первый и необходимый шагъ. Пусть въ современныхъ юридическихъ теоріяхъ естественное право воскресаетъ часто лишь въ скрытомъ видѣ, иногда игнорируемое и гонимое, но это лишь предвѣстье его открытаго и рѣшительнаго признанія.

Въ этомъ обширномъ движеніи то направленіе, которымъ идетъ Л. І. Петражицкій, представляетъ лишь одинъ изъ многихъ ходовъ, и какъ я указалъ выше, не это направленіе приведетъ насъ къ реформѣ юриспруденціи и къ возрожденію естественнаго права, хотя оно и будетъ имѣть свой вѣсъ и свое значеніе въ развитіи юридической науки. Какъ я въ этомъ убѣжденъ, реформа «теперешней не-опытной и противо-опытной науки права» (вспомнимъ здѣсь это характерное выраженіе проф. Петражицкаго) должна совершиться не чрезъ замѣну ея психологіей правовыхъ переживаній, что было бы самоупраздненіемъ юриспруденціи, а чрезъ возведеніе ея къ субстанціональнымъ основамъ права въ духѣ естественно-правовыхъ началъ, какъ я высказалъ это въ своей статьѣ «Государство и право». Само собою разумѣется, что Л. І. Пет-

[1]) Изъ нихъ И. А. Ильинъ и В. Я. Гинцбергъ и въ печати высказали свое отношеніе къ ученію проф. Петражицкаго.

Digitized by Google

ражицкій признаетъ эту задачу безнадежной и безполезной, какъ и я признаю его реформу юриспруденціи неправильной и неудавшейся. Но тутъ между нами и не можетъ быть никакого согласія, а необходимо ясное и недвусмысленное расхожденіе.

Для великаго дѣла возрожденія естественнаго права, помимо созданія науки политики права и прежде этого, есть двѣ другихъ задачи: во-первыхъ, философское обоснованіе и уясненіе своихъ основъ, согласно требованіямъ нашего времени, а во-вторыхъ, углубленіе въ духѣ этихъ основъ и на основаніи сознательнаго методологическаго плана существующей юриспруденціи (съ полнымъ признаніемъ и сохраненіемъ того, что проф. Петражицкій называетъ ея не-опытнымъ и противо-опытнымъ характеромъ). Что же касается политики права, то и она отнюдь не должна быть забыта, — и тутъ съ особенной признательностью надо оцѣнить заслуги и труды Л. І. Петражицкаго, — но только она должна быть освобождена и отъ своего утопизма, и отъ своего натурализма. При этомъ и планъ ея разработки долженъ быть гораздо болѣе сложнымъ, чѣмъ это представляется Л. І. Петражицкому: одной психологіей тутъ не обойдешься (какъ на это есть указанія и у самаго автора психологической теоріи); и политическая экономія и соціологія, и исторія, и юриспруденція, и другія вспомогательныя науки, все это должно быть привлечено къ уясненію условій осуществленія идеальныхъ цѣлей. Не слѣдуетъ забывать старой и давно существующей уже науки политики, которая имѣетъ свою длинную исторію и свои великія и остающіяся заслуги. Завлекательныя перспективы, предвѣщающія всемогущую силу «науки политики права», равно какъ и сладкая вѣра, что намъ открылся въ этой наукѣ какой-то новый и единоспасающій свѣтъ, приходится, конечно, оставить. «Сознательно-раціональная утилизація подлежащаго научнаго свѣта на благо человѣчества» должна расти и впредь, какъ постоянно и непрерывно росла она до сихъ поръ. Но прекрасная мечта, что черезъ 100—200 лѣтъ, благодаря открытію проф. Петражицкаго, произойдетъ какой-то изумительный переворотъ въ способѣ и размѣрахъ этой утилизаціи, есть только мечта, и не болѣе.

Я указалъ выше, что то направленіе въ общемъ дѣлѣ возрожденія естественнаго права, которымъ идетъ Л. І. Петражицкій, есть лишь одно изъ многихъ направленій, имѣющее, какъ и всякое другое направленіе, свои границы и не чуждое многихъ ошибокъ и недоразумѣній. Но я считаю своимъ долгомъ еще разъ подчеркнуть то, на что указывалъ и ранѣе, что по законченности разработки ученію проф. Петражицкаго въ новѣйшей юридической литературѣ принадлежитъ одно изъ первыхъ мѣстъ, на ряду съ Штаммлеромъ,

Digitized by Google

Бирлингомъ, Іеллинскомъ, Дюги и очень немногими другими[1]). Можно и должно спорить съ общимъ духомъ его системы и съ его основными положеніями, и какъ я думаю, эти положенія въ томъ смыслѣ и значеніи, въ какомъ онъ ихъ понимаетъ, слѣдуетъ рѣшительно и категорически отвергнуть. Но никакъ нельзя отвергнуть того, что система воззрѣній почтеннаго профессора имѣетъ выдающійся интересъ именно по своей законченности, продуманности и цѣльности. Въ этомъ ея сильная сторона и залогъ ея прочнаго успѣха въ исторіи развитія юридической мысли.

V.

Послѣ этого указанія на самую сильную сторону нашего ученаго какъ-то не хочется переходить къ тому, что я считаю его величайшей слабостью: это его привычка указывать на заимствованія, которыя у него дѣлаютъ другія и которыя на повѣрку оказываются мнимыми. Съ этимъ сочетается постоянное подчеркиваніе своихъ заслугъ и своего исключительнаго значенія для науки права, которая, по увѣренію почтеннаго профессора, до него вовсе и не существовала, въ качествѣ науки. Прочная и вполнѣ заслуженная научная репутація Л. І. Петражицкаго отъ этихъ подчеркиваній нисколько не увеличивается; наоборотъ, его указанія въ этомъ направленіи производятъ впечатлѣніе чего-то излишняго и недолжнаго. Тутъ невольно хочется сказать, что лучше ужъ предоставить сторонникъ цѣнителямъ и судьямъ опредѣлить значеніе нашихъ взглядовъ и размѣры вліянія нашего на другихъ ученыхъ. Сколько усилій проф. Петражицкій употребилъ въ своей статьѣ на то, чтобы доказать, что Штаммлеръ взялъ у него свои основныя мысли и тщательно скрылъ слѣды этого заимствованія, выдавая чужое за свое. Какъ все это неубѣдительно, несмотря на массу доказательствъ, среди которыхъ есть даже ссылка на частную переписку! Эта часть статьи почтеннаго ученаго производитъ какое-то тягостное впечатлѣніе, и тѣмъ болѣе тягостное, чѣмъ болѣе цѣнишь автора.

Въ самомъ дѣлѣ о чемъ идетъ рѣчь? Никто еще и никогда не оспаривалъ пріоритета и авторства Л. І. Петражицкаго въ дѣлѣ созданія психологической теоріи права и основанной на психологіи квазальной науки политики права съ особыми свойственными ей методами и пріемами, неизвѣстными ранѣе. Но развѣ Штаммлеръ

[1]) Я не касаюсь здѣсь новѣйшей русской литературы, въ которой въ послѣдніе годы появился выдѣляющійся по своей полнотѣ и законченности трудъ проф. Г. Ф. Шершеневича.

Digitized by Google

въ своемъ «Wirtschaft und Recht» даетъ психологическую теорію или основанную на ней науку политики права? То, что здѣсь предлагается въ качествѣ положительной доктрины, есть прежде всего и не психологическая, и не кавзальная наука, и наконецъ вовсе не политика права въ смыслѣ Л. І. Петражицкаго. Это — теорія этическая, телеологическая (отнюдь не кавзальная) и не политика, а соціальная философія, которая должна послужить лишь основаніемъ для соотвѣтствующей политики права. Поскольку въ книгѣ Штаммлера, помимо критики экономическаго матеріализма и исправленія его ошибокъ, есть еще и особая положительная доктрина, она укладывается самимъ авторомъ въ рамки «соціальной телеологіи» (стран. 349 и слѣд.). При этомъ съ самаго начала соотвѣтствующаго отдѣла книги цѣлесообразность, Telos рѣзко отграничивается отъ причинности, Kausalität. «Закономѣрность воли» по Штаммлеру вступаетъ въ свои права тамъ, гдѣ результатъ не можетъ быть предвидѣнъ, какъ необходимое послѣдствіе предшествующихъ условій, гдѣ причинная связь остается недоступной для познанія. Признается наличность двухъ направленій сознанія, и все изслѣдованіе второй части книги направлено къ тому, чтобы выяснить особую самостоятельную закономѣрность воли и объективныя основанія соціальнаго идеала. И надо ли разъяснять, что весь этотъ замыселъ двухъ направленій сознанія цѣликомъ зиждется на Кантѣ; это самое типичное нео-кантіанское построеніе. Кантіанство представляетъ тутъ не маскарадъ, скрывающій, какъ думаетъ Л. І. Петражицкій, подъ взятымъ на прокатъ костюмомъ заимствованныя изъ психологической теоріи идеи: это самая сущность, самая основа построенія Штаммлера, внѣ котораго оно не мыслимо. И наоборотъ, оно вполнѣ мыслимо внѣ психологической теоріи права и науки политики права и ни на іоту не было бы инымъ, если бы теорій Л. І. Петражицкаго не существовало, или если бы Штаммлеръ ихъ вовсе не зналъ. Въ частности верховный принципъ Штаммлера: «Gemeinschaft frei wollender Menschen» настолько очевидно коренится методологически и гносеологически въ кантіанствѣ и съ другой стороны настолько различенъ въ указанныхъ отношеніяхъ отъ принципа любви проф. Петражицкаго, что сравненіе этихъ двухъ принциповъ можетъ только привести къ констатированію ихъ философской разнородности. Для того, чтобы въ этомъ убѣдиться достаточно прочесть 99 § сочиненія «Wirtschaft und Recht», гдѣ соотвѣтствующій принципъ выводится и обосновывается. То, что Штаммлеръ говоритъ о соотношеніи своего ученія и ученія проф. Петражицкаго и что говоритъ объ этомъ самъ почтенный профессоръ, полемизируя съ Штаммлеромъ (см. «Юридическій

Digitized by Google

Вѣстникъ», стран. 21—25, 32 сл.), только подтверждаетъ съ величайшей ясностью, сколь различны воззрѣнія этихъ писателей.

Но перейдемъ къ болѣе подробнымъ доказательствамъ проф. Петражицкаго, и мы убѣдимся, что онъ доказываетъ какъ разъ обратное тому, что хочетъ доказать. Я постараюсь здѣсь быть какъ можно болѣе краткимъ: весь этотъ злосчастный вопросъ о заимствованіи Штаммлеромъ у проф. Петражицкаго представляется совершенно второстепеннымъ, весьма мало интереснымъ и притомъ вполнѣ яснымъ. Но какъ бы ни былъ этотъ вопросъ второстепеннымъ, здѣсь идетъ рѣчь во всякомъ случаѣ не объ «отстаиваніи интересовъ Штаммлера», а о возстановленіи истины.

Л. І. Петражицкій утверждаетъ, что, сдѣлавъ у него заимствованіе, Штаммлеръ тщательно скрылъ слѣды своего преступленія. Но отъ самаго же проф. Петражицкаго мы узнаемъ, что ровно черезъ годъ послѣ изданія своего «Wirtschaft und Recht» въ сочиненіи «Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren» (1897 г.) Штаммлеръ съ полной ясностью и ничуть не скрываясь говоритъ объ извѣстномъ сходствѣ своего соціальнаго идеала съ принципомъ любви проф. Петражицкаго. Конечно, Штаммлеръ говоритъ о сходствѣ, а не о заимствованіи; но какимъ же простакомъ былъ бы этотъ ловкій укрыватель слѣдовъ, если бы такъ легко и скоро сталъ выдавать себя головою. Въ дѣйствительности Штаммлеръ пишетъ о проф. Петражицкомъ такъ, какъ только можетъ писать ученый о другомъ ученомъ, заслуги котораго онъ признаетъ, но съ которымъ не вполнѣ согласенъ. Изъ всего, что онъ говоритъ, до очевидности ясно, что ему и въ голову не приходитъ, что надо что-то скрывать, что его похвалы чужимъ заслугамъ могутъ быть приняты за признаніе совершеннаго заимствованія, что слѣдовало бы какъ-нибудь замести слѣды.

Занимаясь много лѣтъ изученіемъ исторіи идей, я очень хорошо знакомъ съ этимъ вопросомъ о сходствѣ и заимствованіи и очень хорошо знаю, какой это тонкій и щекотливый вопросъ и какъ часто многіе и очень крупные умы впадаютъ здѣсь въ столь же невольныя, сколько и печальныя заблужденія. Что заблужденіе этого рода имѣетъ мѣсто и въ данномъ случаѣ, это съ ясностью вытекаетъ изъ собственныхъ словъ проф. Петражицкаго. Въ самомъ дѣлѣ, я прошу кого угодно внимательно прочесть тѣ страницы, гдѣ почтенный профессоръ подробно перечисляетъ, какія именно идеи заимствовалъ у него Штаммлеръ. Я увѣренъ, что каждый, ознакомившись съ этимъ матеріаломъ, скажетъ, что не только заимствованія тутъ нѣтъ, но и сходство весьма малое. Вѣдь объ этомъ на каждомъ шагу говоритъ и самъ Л. І. Петражицкій: нѣтъ ни од-

Digitized by Google

ного пункта предполагаемаго «заимствованія», относительно котораго онъ бы не сказалъ, что здѣсь у Штаммлера дается нѣчто совершенно иное, что у Штаммлера идеи, «заимствованныя» изъ «Lehre vom Einkommen», «утрируются», «искажаются» и т. д. «Нашъ идеалъ совсѣмъ не такой, какъ это понимаетъ и приписываетъ мнѣ и формулируетъ самъ отъ себя Штаммлеръ», пишетъ проф. Петражицкій на стран. 49. «Но я съ такимъ пониманіемъ моего ученія и съ соотвѣтственною формулою-парафразою Штаммлера отнюдь не согласенъ», пишетъ онъ на стран. 33 и т. д. Не проще ли предположить, что формулы Штаммлера, въ которыхъ Л. І. Петражицкій не хочетъ признать своихъ идей, и противъ которыхъ онъ всячески возражаетъ, суть вовсе не парафразы, а собственныя идеи нѣмецкаго ученаго? Извѣстное сходство тутъ есть, этого не отрицаетъ и самъ Штаммлеръ, но въ большинствѣ случаевъ это сходство весьма отдаленное, и судить на основаніи такого сходства о заимствованіи совершенно ошибочно.

Какъ ни стремлюсь я здѣсь къ краткости, но не могу не остановиться на нѣкоторыхъ пунктахъ сходства, указываемыхъ Л. І. Петражицкимъ. Первый изъ нихъ касается воспитательной функціи права, второй — причинной опредѣляемости экономическихъ процессовъ правомъ (см. стран. 51—52). Воспитательная функція права! Боже мой, да вѣдь это самая распространенная мысль, ставшая общимъ мѣстомъ теоріи права, а Л. І. Петражицкій утверждаетъ, что Штаммлеръ заимствовалъ эту мысль у него. И если бы рѣчь шла, по крайней мѣрѣ, о тѣхъ спеціальныхъ идеяхъ, которыя связываются у проф. Петражицкаго съ понятіемъ воспитательной функціи права! Ничуть не бывало. Л. І. Петражицкій на стран. 51 самъ цитируетъ то мѣсто изъ Штаммлера, которое онъ считаетъ наиболѣе свидѣтельствующимъ о заимствованіи. И что же: мы встрѣчаемъ тутъ самую обычную, самую банальную мысль, повторяющую въ общей формѣ идею о воспитывающемъ и руководящемъ дѣйствіи права, имѣющемъ въ виду усовершенствованіе человѣчества. Вѣдь это tritum — pertritum! И Л. І. Петражицкій совершенно правъ, когда, сказавши сначала о заимствованіи, затѣмъ прибавляетъ, что его собственное ученіе не таково.

Другой пунктъ «заимствованія», о которомъ я хочу здѣсь сказать, касается ученія о соціально-мотиваціонной функціи права, въ частности ученія о причинной опредѣляемости экономическихъ процессовъ правомъ. Утверждая, что Штаммлеръ заимствовалъ его ученіе о причинной связи права и хозяйства, Л. І. Петражицкій прибавляетъ: «положимъ, на стран. 236 онъ глухо намекнувъ на существованіе какого-то ученія о причинной опредѣляемости хозяй-

Digitized by Google

ственныхъ явленій мотивами, вызываемыми правомъ, не сообщая, кто и гдѣ выставилъ такое ученіе, полемизируетъ съ этимъ ученіемъ и замѣняетъ его ученіемъ о правѣ, какъ «формѣ», и хозяйствѣ, какъ «матеріи» соціальной жизни. Такимъ образомъ получается отчасти, по крайней мѣрѣ, оригинальная теорія. Но это только на время»... Далѣе, какъ думаетъ проф. Петражицкій, эта собственная теорія Штаммлера «получаетъ отставку», а утилизируются соотвѣтствующія теоріи нашего профессора. Всѣ эти утвержденія Л. І. Петражицкаго были бы совершенно непонятны, если бы не туманность и запутанность изложенія Штаммлера. Въ самомъ дѣлѣ, ученіе о матеріи и формѣ соціальной жизни представляетъ одну изъ самыхъ важныхъ и основныхъ идей нѣмецкаго ученаго. При помощи ея онъ удачно оспариваетъ теорію экономическаго матеріализма, и безъ нея изъ его критики выпало бы самое существенное звено. А Л. І. Петражицкій сводитъ эту основную идею Штаммлера чуть ли не къ второстепенному замѣчанію, почти что къ случайной обмолвкѣ. Съ ученіемъ о причинной связи права и хозяйства Штаммлеръ ни въ какомъ случаѣ согласиться не можетъ: онъ долженъ это ученіе категорически отвергнуть; а проф. Петражицкій утверждаетъ, что и тутъ Штаммлеръ у него заимствуетъ.

Но довольно! Я совершенно убѣжденъ, что вся эта попытка Л. І. Петражицкаго превратить Штаммлера изъ «внуковъ Руссо» (какъ онъ выражается) въ своего собственнаго сына не можетъ считаться удавшейся. Мы имѣемъ въ данномъ случаѣ дѣло съ самымъ очевиднымъ недоразумѣніемъ. И тутъ уже съ полной справедливостью можно повторить ту оговорку, которую Л. І. Петражицкій весьма любезно дѣлаетъ по моему адресу: вина здѣсь не на сторонѣ проф. Петражицкаго, а всецѣло и вполнѣ на сторонѣ Штаммлера, «который своею темною и замысловатою формулировкою... вводитъ въ заблужденіе своихъ критиковъ, послѣдователей и т. д.» (стран. 18).

VI.

Я позволю себѣ не останавливаться на томъ, что говоритъ Л. І. Петражицкій въ своей статьѣ о Кантѣ и Руссо по поводу ихъ предполагаемаго вліянія на Штаммлера. Кое-что здѣсь и вѣрно, кое-что совершенно ошибочно (напримѣръ, указаніе на то, какъ Кантъ понималъ естественное право, на стран. 56, сведеніе идеи свободы у Руссо къ понятію «свободы для эгоизма», на стран. 31), но все это имѣетъ для даннаго спора значеніе маловажное.

Не буду я останавливаться и на тѣхъ замѣчаніяхъ, которыя авторъ дѣлаетъ по поводу заключительныхъ пунктовъ моей харак-

Digitized by Google

теристики Штаммлера, предполагая, что я здѣсь ошибаюсь[1]). Errare humanum est, и это общечеловѣческое свойство не чуждо мнѣ, какъ и почтенному петербургскому профессору. Но въ данномъ случаѣ ошибочными слѣдуетъ признать не мои утвержденія, а замѣчанія проф. Петражицкаго. Однако, здѣсь наши разногласія переходятъ уже въ область совершенно частныхъ и второстепенныхъ пунктовъ, и я отвѣчу по этимъ пунктамъ въ свое время болѣе подробнымъ воспроизведеніемъ оспариваемыхъ проф. Петражицкимъ моихъ утвержденій.

П. Новгородцевъ.

[1]) Между прочимъ по поводу того, что «Die Lehre von dem richtigen Rechte» не представляетъ собою ничего новаго, какъ утверждаетъ Л. І. Петражицкій, сошлюсь на противоположное мнѣніе такого авторитетнаго судьи, какъ проф. І. А. Покровскій (см. его статью «Гражданскій судъ и законъ», «Вѣстникъ права» 1905, книга І).

Digitized by Google

Левъ Николаевичъ Толстой и Судъ.

Отрицательное отношеніе Л. Н. Толстого къ суду общеизвѣстно и не требуетъ подтвержденія, но въ данномъ очеркѣ мы позволимъ себѣ остановиться нѣсколько подробнѣе на его взглядахъ на эту отрасль государственно-общественной дѣятельности и на мотивахъ, вызвавшихъ непризнаніе Л. Н. идеи суда какъ уголовнаго, такъ и гражданскаго.

Для ознакомленія, со взглядами Л. Н. Толстого на судъ и судебную дѣятельность, а затѣмъ и для изложенія ихъ мы пользовались въ качествѣ матеріала какъ появившимися уже въ печати произведеніями его, такъ и бывшими въ нашемъ распоряженіи письмами Л. Н., и запечатлѣвшимися въ памяти автора настоящей статьи бесѣдами съ нимъ на тему о Судѣ и его функціяхъ.

Отрицаніе Толстымъ за государствомъ права на судъ — Л. Н. говоря о судѣ, имѣетъ, обыкновенно, въ виду уголовную его отрасль — зависитъ отъ общаго взгляда его на государство, за которымъ онъ не признаетъ какой-либо власти, и построено на отрицаніи «права» вообще, какъ института, велѣніямъ котораго люди обязаны повиноваться. Принужденіе къ чему-либо людей силою, или угрозой насиліемъ, не допустимо, по мнѣнію Толстого, отъ кого бы оно ни исходило, отъ одного человѣка или отъ цѣлой группы лицъ,

---

Отъ редакціи. Общеизвѣстное безусловно отрицательное отношеніе Л. Н. Толстого къ праву и та сила, съ которой онъ выражалъ его въ своихъ художественныхъ произведеніяхъ и публицистическихъ статьяхъ, затрагиваетъ совѣсть каждаго русскаго юриста. Подъ его вліяніемъ философская проблема объ оправданіи права пріобрѣтаетъ характеръ наиболѣе жгучаго и очереднаго вопроса. Тѣмъ болѣе цѣнной представляется для редакціи «Юридическаго Вѣстника» возможность предложить читателямъ журнала статью Н. В. Давыдова, въ которой авторъ на основаніи личнаго общенія съ великимъ писателемъ приходитъ къ заключенію, что сила отрицанія Л. Н. Толстымъ права была вызвана, хотя и яркими, но временными и несущественными для самаго права проявленіями современнаго правопорядка.

Digitized by Google

какую бы внѣшнюю форму эта группа не принимала. Насиліе надъ человѣкомъ вообще недопустимо и, будучи зломъ абсолютнымъ, не можетъ, какъ общее правило, породить ничего иного, кромѣ зла; насиліе, учиняемое хотя бы вполнѣ добросовѣстно въ видахъ отвращенія и искорененія зла, въ чемъ бы это насиліе ни выражалось, не только не достигаетъ намѣченной цѣли, но, напротивъ, порождаетъ новое зло. Это положеніе, зиждящееся на ученіи Евангелія, въ пониманіи его Л. Н., — «не противиться злу насиліемъ», на идеѣ «непротивленія» въ примѣненіи ея къ государству во всѣхъ его функціяхъ, и приводитъ Л. Н. къ выводу не только о безполезности, но о преступности; основанныхъ на насиліи мѣръ, принимаемыхъ государствомъ, якобы ко благу подчинившихся его власти людей. Мѣры эти, сколь бы онѣ ни казались разнообразными по внѣшности, всѣ одинаковы. Это — принужденіе людей насиліемъ или угрозою таковымъ къ исполненію обязанностей и несенію повинностей имъ не свойственныхъ, подчиненіе однихъ лицъ произволу другихъ, лишеніе свободы, ссылка, каторга и тому подобныя мѣры, предпринимаемыя различными органами государственной власти ради общаго блага, а слѣдовательно и блага тѣхъ, надъ которыми совершаются эти насилія. Въ числѣ органовъ государства, принуждающихъ перечисленными способами населеніе, состоитъ и судъ, и дѣятельность его и всѣхъ его агентовъ, ничѣмъ не отличается отъ дѣятельности представителей административной и полицейской власти.

Во всѣхъ почти своихъ твореніяхъ, начиная со времени написанія имъ «Въ чемъ моя вѣра», Толстой, останавливаясь на современномъ устройствѣ жизни человѣчества, въ томъ числѣ и въ странахъ, именуемыхъ культурными, ужасается по поводу глубокой несправедливости, царящей вездѣ, обману и гипнозу, въ силу котораго люди подвергаютъ себя и другихъ мученіямъ, тому, что до сихъ поръ между народами, принявшими ученіе Христа, возникаютъ жестокія, кровопролитныя войны, ежедневно совершаются убійства, тысячи томятся и калѣчутся въ тюрьмахъ, и людьми руководитъ не законъ любви и братства, а злоба и взаимная ненависть. Таково современное ужасное, дикое состояніе людей и, противное христіанской идеѣ равенства, несправедливое дѣленіе ихъ на имущихъ и неимущихъ, на господъ и слугъ, поддерживаемое насиліемъ. Поэтому Толстой и высказывается безусловно противъ современнаго государственнаго устройства во всѣхъ его существующихъ видахъ, при чемъ, по его мнѣнію, вполнѣ развитая общественная жизнь могла бы въ настоящее время легко осуществляться и внѣ государства, такъ какъ «широко развившіяся средства общенія и передачи мыслей сдѣлали то, что для образованія обществъ, собраній, корпорацій, конгрессовъ, ученыхъ,

Digitized by Google

экономическихъ и политическихъ учрежденій», люди уже не нуждаются въ государственной власти.

Отрицательное отношеніе Л. Н. къ современному государству во всей его полнотѣ, а слѣдовательно и къ необходимому его аттрибуту — суду, явствуетъ, какъ мы уже сказали, изъ всѣхъ почти его писаній, но отдѣльнаго сочиненія Толстого, посвященнаго суду, насколько намъ извѣстно, не существуетъ. Всего больше о судѣ говорится въ романѣ «Воскресенье», а затѣмъ въ цѣломъ рядѣ твореній Л. Н. встрѣчаются ссылки и указанія на вредъ, приносимый уголовнымъ судомъ какъ жалобщику, обратившемуся къ суду, такъ и приговоренному къ наказанію, и на развращеніе самымъ фактомъ судейства лицъ, взявшихъ на себя обязанность судей.

Въ числѣ писемъ Толстого, предназначившихся имъ для печати, есть одно — отвѣтъ студенту, спрашивавшему Л. Н. считаетъ ли онъ полезнымъ изученіе юридическихъ наукъ, въ которомъ Толстой, говоря о «правѣ», касается и суда. Л. Н. высказывается здѣсь, между прочимъ, такъ: «Правомъ, въ дѣйствительности называется для людей, имѣющихъ власть, разрѣшеніе, даваемое ими самимъ себѣ, заставить людей, надъ которыми они имѣютъ власть, дѣлать то, что имъ, властвующимъ, выгодно; для подвластныхъ же правомъ называется разрѣшеніе дѣлать все то, что имъ не воспрещено». Дальше въ письмѣ говорится: «Уголовное право есть право однихъ людей ссылать, заточать, вѣшать, для людей же ссылаемыхъ, заточаемыхъ, вѣшаемыхъ есть право не быть изгнанными, заключенными, повѣшенными до тѣхъ поръ, пока это тѣмъ, кто имѣетъ возможность это дѣлать, не покажется нужнымъ»... «Право гражданское есть право однихъ людей на собственность земли, на тысячи, десятки тысячъ десятинъ и на владѣніе орудіями труда и право тѣхъ, у кого нѣтъ земли и орудій труда, продавать свои труды и свои жизни»... Въ подтвержденіе отрицательнаго взгляда своего на право Л. Н. въ твореніяхъ своихъ приводитъ такіе случаи, какъ присужденіе къ тюрьмѣ на основаніи «права вдовы — крестьянки, поддерживавшей существованіе свое и своей семьи тайной продажей водки, такое же заключеніе въ тюрьму крестьянина, срубившаго въ лѣсу богатаго сосѣда одно дерево, необходимое ему для удовлетворенія самыхъ первыхъ жизненныхъ потребностей, то обстоятельство, что присужденіе, вполнѣ съ точки зрѣнія суда правомѣрное, бѣдняка, совершившаго по крайней нуждѣ, маловажную кражу, въ тюрьму на дальній срокъ повергаетъ ни въ чемъ неповинную семью его въ состояніе полной нищеты и голода».

Въ письмѣ своемъ къ студенту Толстой въ конечномъ выводѣ предостерегаетъ его отъ увлеченія и вѣры въ идею «права», какъ наиболѣе

Digitized by Google

вредящую людямъ, и говоритъ, что наилучшее — это, отказавшись отъ всякаго участія въ насиліи надъ людьми, устроить свою жизнь въ согласіи съ Евангельскимъ ученіемъ любви, прощенія и братства.

Уже въ первомъ своемъ религіозно-философскомъ трудѣ «Въ чемъ моя вѣра» Толстой останавливается на толкованіи евангельскихъ словъ о судѣ и приходитъ къ тому заключенію, что общепринятое пониманіе Евангельскаго текста въ смыслѣ воспрещенія «осужденія» кого-либо, т.-е. душевнаго движенія, ничѣмъ фактически не выражающагося, невѣрно, будучи слишкомъ узкимъ, такъ какъ на самомъ дѣлѣ Евангеліе воспрещаетъ не только осужденіе, но и судъ, какъ человѣческое учрежденіе. Таково пониманіе Евангелія и апостоломъ Павломъ и такъ примѣняли его къ своей жизни непосредственные ученики Христа и первые христіане, никогда не обращавшіеся къ суду. Таковъ взглядъ первыхъ христіанскихъ писателей: Аѳинагора, Оригена и другихъ.

Высказывая въ сочиненіи, озаглавленномъ «Царство Божіе внутри насъ», мысли, сводящіяся къ подтвержденію справедливости ученія о непротивленіи злу — зломъ, насиліемъ, Толстой цитируетъ писаніе американца Вильяма Ллойда Гаррисона, еще въ 1838 году доказывавшаго, что «насиліе не содѣйствуетъ нравственному возрожденію» и что «грѣховныя наклонности человѣка могутъ быть уничтожены только добромъ», а также американца Адина Балу, проповѣдывавшаго печатно, еще пятьдесятъ лѣтъ тому назадъ, идею непротивленія злу насиліемъ, а слѣдовательно, не признававшаго и суда. Толстой ссылается также на чешскаго писателя XV вѣка Хельчицкаго, доказывавшаго въ книгѣ своей «Сѣть вѣры» тѣ же самыя положенія. Въ указанномъ сочиненіи «Царство Божіе внутри насъ» Толстой говоритъ, между прочимъ: «Мы всѣ братья, а я живу тѣмъ, что получаю жалованіе за то, чтобы уличать, судить и казнить вора или проститутку, существованіе которыхъ обусловлено всѣмъ складомъ нашей жизни и которыхъ, я самъ знаю, нужно не казнить, а исправлять». Далѣе Л. Н. приводитъ то соображеніе, что, въ сущности, всѣ люди чувствуютъ и сознаютъ въ глубинѣ души, что заключать въ тюрьмы, отдавать въ арестантское отдѣленіе, ссылать и вообще мучить «преступниковъ» — противно нравственному закону, но, тѣмъ не менѣе, въ видахъ обезпеченія матеріальнаго благосостоянія меньшинства и своего лично, творятъ это зло. Въ отношеніи непосредственно судебной дѣятельности Толстой въ той же монографіи высказывается такъ: «...гражданскіе суды рѣшаются по самымъ разнообразнымъ причинамъ, но только не по справедливости» и «...уголовные суды не имѣютъ никакого смысла, потому что наказаніе не достигаетъ никакой цѣли»...

Digitized by Google

Та же мысль высказывается въ письмѣ къ В. «Ихъ всѣхъ (такъ называемыхъ преступниковъ) посудятъ, потомъ запрутъ, чтобы они намъ не мѣшали приготовлять еще такихъ же, и мы говоримъ, что жестоко было бы оставить ихъ на волѣ». Въ разсказѣ для народнаго чтенія, «Упустишь огонь — не потушишь», проводится и иллюстрируется мысль, что обращеніе къ суду съ жалобой на кого-либо приноситъ не пользу, а вредъ самому жалобщику, не говоря уже о томъ, на кого подана жалоба, между тѣмъ какъ простое прощеніе нанесенной обиды, оставленіе человѣка, причинившаго зло, безъ преслѣдованія приводитъ къ благополучному для всѣхъ участвующихъ исходу столкновенія. Глубокій смыслъ искренняго раскаянія въ совершенномъ зломъ дѣяніи, значеніе добровольнаго, а не вынужденнаго покаянія, самоосужденія, по сравненію съ формальнымъ судомъ, выставлено Толстымъ въ его драмѣ «Власть тьмы», въ которой старикъ Акимъ — отецъ Никиты, говоритъ во время всенароднаго покаянія сына въ учиненномъ имъ насиліи и убійствѣ ребенка, уряднику, собирающемуся составить полицейскій актъ о происшедшемъ: «Экій ты, тае. Погоди, говорю. Объ ахтѣ, тае, не толкуй, значитъ. — Тутъ, тае, Божье дѣло идетъ... каится человѣкъ, значитъ, а ты, тае, ахту»...

Въ очень многихъ твореніяхъ Л. Н. второй половины его литературной дѣятельности говорится о несправедливости, жестокости, безполезности, даже абсолютномъ вредѣ существующихъ уголовныхъ наказаній, изъ которыхъ Толстого наиболѣе возмущаетъ смертная казнь. Отношеніе Л. Н. къ этому наказанію изложено имъ въ монографіи: «Не могу молчать», въ которой великій писатель выступаетъ со свойственной ему силой и горячей убѣжденностью противъ самаго ужаснаго вида лишенія жизни однимъ человѣкомъ другого.

Наиболѣе о судѣ и особенно о наказаніи въ современномъ его состояніи, именно у насъ въ Россіи, говорится въ послѣднемъ большомъ романѣ Толстого «Воскресеніи». Уголовный судъ, въ томъ видѣ, какъ онъ существуетъ въ настоящее время, съ предварительнымъ слѣдствіемъ, лишеніемъ свободы до судебнаго разбирательства, самый ходъ судебнаго засѣданія съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, постановленіе обвинительнаго приговора и исполненіе его, подробно описаны въ повѣствовательной формѣ въ романѣ, а совершенно отрицательный взглядъ автора на наше уголовное правосудіе, являющійся выводомъ изъ представленной имъ картины суда и наказанія, высказывается главнымъ лицомъ романа — Нехлюдовымъ.

Digitized by Google

Содержаніе дѣла по обвиненію Екатерины Масловой въ отравленіи съ корыстной цѣлью купца Смѣлького, и описанное въ романѣ теченіе въ Окружномъ Судѣ процесса ея, — общензвѣстны, а потому мы повторять ихъ не будемъ, а остановимся на вопросѣ о томъ, вѣрна ли своимъ внѣшнимъ и внутреннимъ содержаніемъ картина суда надъ Масловой, изображенная Толстымъ, также соотвѣтствуетъ ли дѣйствительности и вѣрно ли описаны и другіе, приведенные имъ въ романѣ, судебные казусы. Точное разрѣшеніе этого вопроса существенно для сужденія о томъ, насколько обоснованъ взглядъ Нехлюдова на судъ и судебную дѣятельность, такъ какъ этотъ взглядъ у него образовался благодаря изученію имъ приведенныхъ въ книгѣ Толстого судебныхъ дѣлъ.

Въ отношеніи оцѣнки изображенія Толстымъ въ его романѣ дѣятельности суда существуютъ различныя мнѣнія. Намъ приходилось слышать и даже читать, что Толстой изображаетъ не судъ, а пародію на него и оклеветалъ судебныхъ дѣятелей, а съ другой стороны, существуютъ отзывы совершенно противоположнаго характера, заключающіе въ себѣ лишь хвалу страницамъ «Воскресенія», въ которыхъ описывается судъ.

Внимательное и совершенно объективное изученіе изображенія Толстымъ въ его романѣ суда привело насъ къ такому заключенію: въ общемъ, картина, данная Л. Н., вѣрна, какъ по отношенію къ теченію процесса Масловой и другимъ судебнымъ дѣламъ, такъ и по отношенію къ дѣятелямъ суда; пародіи и клеветы въ его описаніи нѣтъ; всѣ приводимые имъ случаи могли имѣть мѣсто, и такихъ чиновъ судебнаго вѣдомства и адвокатовъ, какіе описаны имъ, въ дѣйствительности много; но Л. Н. взялъ для болѣе яркой иллюстраціи приводимыхъ имъ положеній судебные казусы исключительно отрицательнаго характера, не останавливаясь на дѣлахъ, исходъ которыхъ представлялся бы болѣе соотвѣтствующимъ идеѣ справедливости, чѣмъ и допустилъ нѣкоторую односторонность. Такъ, личность предсѣдательствовавшаго на засѣданіи по дѣлу Масловой не представляется вымышленной; такіе люди, добродушные, но нѣсколько легкомысленные, интересующіеся въ жизни далеко не одной своей профессіей, встрѣчаются на каждомъ поприщѣ, а также и въ судебномъ вѣдомствѣ; отношеніе предсѣдательствующаго къ дѣлу Масловой изображено въ соотвѣтствованіи съ характеромъ его и внѣшне вполнѣ корректно и правильно; нѣкоторая неполнота его заключенія (резюме) составляетъ, конечно, ошибку, но ошибку, легко допустимую у каждаго. То обстоятельство, что оба Члены Суда заняты во время судебнаго разбирательства, но лишь до нѣкоторой степени,

Digitized by Google

своими домашними дѣлами (лѣченіемъ и семейной ссорой) ничего ненормальнаго не представляетъ, ибо самые добросовѣстные люди не могутъ не быть, и при исполненіи своихъ профессіональныхъ обязанностей, подъ нѣкоторымъ вліяніемъ домашнихъ обстоятельствъ и, придя въ мѣсто служенія, совсѣмъ забыть о своихъ частныхъ дѣлахъ. Товарищъ прокурора очерченъ, несомнѣнно, отрицательно, изъ чего одного не слѣдуетъ, чтобы такого рода типъ былъ выдуманъ; въ томъ же романѣ, къ тому же выведено другое лицо Прокурорскаго надзора — Селенинъ, обладающее, напротивъ, выдающимися въ хорошую сторону чертами. Въ описаніи Товарища Прокурора едва ли вѣрнымъ представляется лишь то, что онъ предъ засѣданіемъ по дѣлу Масловой не прочелъ предварительнаго слѣдствія; это невѣроятно въ виду серьезности дѣла и, такъ какъ про Товарища Прокурора сказано, что онъ выступалъ въ качествѣ публичнаго обвинителя только еще четвертый разъ.

Присяжные засѣдатели описаны Л. Н. съ обычнымъ его мастерствомъ и, въ общемъ, отношеніе ихъ къ дѣлу Масловой не представляетъ изъ себя ничего особеннаго; они выслушали дѣло, повидимому, съ достаточнымъ вниманіемъ и рѣшили было его правильно, но только не сумѣли надлежаще выразить свое рѣшеніе. Вотъ эта, допущенная ими, странная ошибка и невнимательность къ изложенію отвѣтовъ, повлекшая за собою присужденіе Масловой, противъ воли Присяжныхъ, къ каторжнымъ работамъ, представляется не вполнѣ вѣроятной и гораздо естественнѣе было бы, съ точки зрѣнія Присяжныхъ, не знавшихъ прошлаго Масловой и ея нравственной личности, въ виду имѣвшихся противъ нея уликъ и ея жизни послѣднихъ лѣтъ, простое признаніе ея виновной. Въ виду послѣдняго обстоятельства нѣтъ ничего страннаго въ отказѣ третьяго Члена Суда примѣнить къ рѣшенію Присяжныхъ 818-ую статью Устава Уголовнаго Судопроизводства, дающую право составу короннаго суда, при условіи единогласія, отмѣнить постановленный вердиктъ. Сенаторы, выведенные въ романѣ и Сенатское засѣданіе изображены авторомъ въ отрицательномъ освѣщеніи, но и по отношенію къ этому эпизоду романа можно сказать то же, что нами уже было сказано по отношенію ко всей картинѣ суда, данной Толстымъ, — что выведенныя имъ лица и отношеніе ихъ къ дѣлу не представляютъ изъ себя чего-либо исключительнаго и могутъ встрѣчаться на практикѣ, но что авторъ выбралъ умышленно только отрицательные случаи.

Знаменитый адвокатъ Фанаринъ изображенъ авторомъ чертами несимпатичными, но ничего неправильнаго въ немъ нѣтъ, а также нельзя признать клеветой на Судъ и адвокатуру разсказъ о томъ,

Digitized by Google

что извѣстный адвокатъ такъ ловко повелъ порученное ему гражданское дѣло, что хотя онъ былъ не правъ, выигралъ процессъ. Случаи неправильнаго рѣшенія дѣлъ, къ сожалѣнію, въ практикѣ гражданскихъ судовъ встрѣчаются, а также существуютъ адвокаты, ведущіе дѣла, которыя можно назвать неправыми.

Помимо дѣла Масловой, въ романѣ упоминается еще о нѣсколькихъ уголовныхъ дѣлахъ, кромѣ политическихъ, приговоры по коимъ представляются не справедливыми. Такъ цитируется дѣло молодой крестьянки Федосьи (Фенички), признанной виновной въ покушеніи на отравленіе мужа, хотя она совершила это дѣяніе, когда ей было всего 16 лѣтъ и она физически не могла переносить половой близости съ мужемъ, но затѣмъ, будучи отдана на поруки, не только помирилась съ мужемъ и осталась жить съ нимъ но искренно полюбила его, такъ что на Судѣ и мужъ и свекровь говорили въ ея пользу. Такой приговоръ, хотя формально правильный, но въ существѣ своемъ несправедливый, представляетъ очень рѣдкое явленіе, и какъ доказательство негодности Суда Присяжныхъ не долженъ бы быть цитированъ, но такое рѣшеніе, какъ намъ извѣстно, на самомъ дѣлѣ имѣло мѣсто. Затѣмъ, приведено дѣло крестьянина Меньшова и его матери, обвинявшихся въ поджогѣ, и хотя на самомъ дѣлѣ невиновныхъ, но содержавшихся до суда въ тюрьмѣ; послѣднее обстоятельство объясняется имѣвшимися по дѣлу уликами, а потому не представляетъ изъ себя ничего невѣроятнаго. Затѣмъ, описаны двѣ крестьянки, содержавшіяся по судебнымъ приговорамъ въ тюрьмѣ, одна за то, что она, въ числѣ другихъ, оказала полиціи сопротивленіе при взятіи въ солдаты ея родственника, по ея и односельцевъ ея убѣжденію не законно, а другая — за корчемство. Наконецъ, описанъ случай суда надъ двѣнадцатилѣтнимъ жалкимъ малымъ, содержавшимся подъ стражей по обвиненію въ кражѣ со взломомъ старыхъ половиковъ, при чемъ мальчикъ этотъ оказался еще до кражи безъ средствъ существованія, потерявъ, не по своей винѣ, заработокъ, и не найдя новаго.

Въ «Воскресеніи» очень много мѣста отведено описанію, представляющемуся вполнѣ правильнымъ, тюремнаго быта и движенія по этапу партіи арестантовъ, приговоренныхъ на каторгу, въ Сибирь. Толстымъ выставлены и ярко освѣщены безчисленныя темныя стороны жизни арестантовъ, не только не исправляющей ихъ но, напротивъ, развращающей нравственно и калѣчащей физически.

Это положеніе, болѣе чѣмъ отрицательнаго характера, есть, по мнѣнію Л. Н., единственный результатъ дѣятельности Суда.

Digitized by Google

Не вѣря въ возможность дѣйствительно (безъотносительно) справедливыхъ рѣшеній Суда гражданскаго и, видя лишь печальные, нежелательные результаты дѣятельности Суда уголовнаго, которые ничего и никого не исправляютъ, не искореняютъ зла, даже не устрашаютъ, а потому и не удерживаютъ людей отъ преступленій, какъ то показываетъ опытъ, но, несомнѣнно, сами вносятъ въ жизнь зло, мучая и калѣча людей, оправдываясь фикціей устраненія самосуда, который лишь возможенъ, тогда какъ тюрьма, каторга, ссылка и смертная казнь налицо, — Толстой устами Нехлюдова, передавая его мысли и разговоры съ шуриномъ, безусловно отвергаетъ Судъ.

Нехлюдову ясно, что наука уголовнаго права не даетъ отвѣта на вопросъ, на какомъ основаніи одни считаютъ возможнымъ судить и наказывать другихъ. Право государства на наказаніе признается аксіомой и наука лишь подыскиваетъ для нея оправданія. Къ тому же Нехлюдовъ убѣдился, что въ числѣ приговоренныхъ судомъ къ наказаніямъ много просто невиновныхъ, ошибочно заподозрѣнныхъ, а затѣмъ, «огромная доля невинныхъ, потому что они, воспитавшись въ извѣстной средѣ, не считаютъ совершенные ими проступки преступленіями». Цѣль суда совсѣмъ не справедливость, а поддержаніе сословныхъ интересовъ и того порядка, который выгоденъ меньшинству. «Судъ есть только административное орудіе для поддержанія существующаго порядка вещей». Судъ даже не устраняетъ (за исключеніемъ смертной казни) людей, и нечего надѣяться на то, что пенитенціарная система можетъ быть улучшена, а потому «вся дѣятельность судовъ состоитъ въ безсмысленныхъ и жестокихъ поступкахъ» и «...нельзя понять, какъ могутъ душевно здоровые люди участвовать въ такомъ нелѣпомъ и жестокомъ дѣлѣ, какъ Судъ». Нехлюдову ясно, что судъ недопустимъ уже потому, что «нельзя, будучи злымъ, исправлять зло», а судьи запираютъ и мучаютъ въ тюрьмахъ и на каторгѣ массу людей, что есть несомнѣнное зло; между тѣмъ, необходимо лишь одно, «чтобы люди признавали себя всегда виноватыми передъ Богомъ и потому неспособными ни наказывать, не исправлять другихъ людей. При непредвзятомъ взглядѣ на Судъ — такъ думаетъ Нехлюдовъ — получается слѣдующая картина: «Нуждающіеся и корыстные люди, сдѣлавъ себѣ профессію изъ этого мнимаго наказанія и исправленія людей, сами развратились до послѣдней степени и, не переставая, развращаютъ и тѣхъ, которыхъ мучаютъ». Средство борьбы съ преступностью существуетъ лишь одно, оно указано Христомъ, это: «прощать всегда всѣхъ, безконечное число разъ прощать, потому что нѣтъ такихъ

Digitized by Google

людей, которые бы сами не были виновны и потому могли бы наказывать и исправлять».

Таковъ взглядъ Л. Н. Толстого на судебную дѣятельность, какъ онъ изложенъ въ его твореніяхъ. Тѣ же мысли Л. Н. высказывалъ мнѣ лично въ часто повторявшихся бесѣдахъ нашихъ о судѣ и о томъ, почему я, во многомъ согласный съ убѣжденіями Л. Н., отстаиваю идею Суда и считаю возможнымъ оставаться въ средѣ судебнаго вѣдомства. Передавая въ настоящее время нѣкоторыя подробности разговоровъ нашихъ о Судѣ, я отнюдь не имѣю въ виду анализировать, опровергать или вообще критиковать воззрѣнія Л. Н., какъ уже приведенныя мною, такъ и высказывавшіяся имъ въ бесѣдахъ нашихъ, цѣль моя совершенно исключительная: точно выразить отношеніе Л. Н. къ суду.

Въ этихъ видахъ необходимо, возвращаясь къ сказанному Толстымъ о Судѣ въ его писаніяхъ, установить, что Л. Н. говоритъ только о современномъ Судѣ и останавливается лишь на одной сторонѣ его дѣятельности — на предварительныхъ репрессивныхъ мѣрахъ и на самомъ наказаніи. Толстой совершенно игнорируетъ, не видитъ все другое, что, однако, обязательно входитъ въ функціи Суда, — я говорю о вознагражденіи потерпѣвшаго, возстановленіи нарушенныхъ его правъ, прекращеніи вредной дѣятельности, исправленіи допущеннаго нарушенія, угрожающаго той или другой опасностью, о склоненіи сторонъ къ примиренію, о публичномъ оправданіи напрасно заподозрѣнныхъ, возстановленіи чести и добраго имени оклеветаннаго. Причина игнорированія Толстымъ обстоятельствъ, казалось бы достаточно важныхъ и нѣсколько видоизмѣняющихъ указанное Л. Н. направленіе и задачи Суда, насколько я могъ въ этомъ убѣдиться, заключается въ томъ, что только что приведенная мною сторона судебнаго дѣла представляется Л. Н. настолько ничтожной, мелкой и побочной по сравненіи съ тѣмъ громаднымъ количественно и качественно зломъ, которое Судъ наноситъ, заключая тысячи людей въ тюрьмы, ссылая на каторгу и даже лишая жизни, что онъ просто забываетъ о ней, не считаетъ возможнымъ о ней говорить, какъ бы подавленный ужасомъ, внушаемымъ ему тюрьмой и всѣмъ тѣмъ насиліемъ, которое не переставая, творитъ Судъ. Такимъ образомъ для Толстого Судъ уголовный — это учрежденіе, привлекающее людей, заподозрѣнныхъ въ учиненіи дѣяній, запрещенныхъ закономъ въ видахъ огражденія благосостоянія властвующаго меньшинства и присуждающее ихъ за эти дѣянія къ наказаніямъ — тюрьмѣ, ссылкѣ, каторгѣ, смертной казни, и этими мѣрами развращающее и губящее людей духовно и физически.

Digitized by Google

Что касается Суда гражданскаго, то Толстой, относясь и къ нему въ твореніяхъ своихъ вполнѣ отрицательно, удѣляетъ ему, однако, очень мало вниманія, ограничиваясь утвержденіемъ, что онъ служитъ, руководствуясь «правомъ» и законами, къ поддержанію выгоднаго для меньшинства имущественнаго положенія людей, признаваемаго Л. Н. несправедливымъ и основаннымъ на насиліи, а потому неспособенъ къ дѣйствительному правосудію. Въ сущности, Л. Н., такимъ образомъ, оставляетъ вопросъ о гражданскомъ судѣ въ сторонѣ, мало имъ интересуясь по сравненію съ уголовнымъ.

Возражая Л. Н. въ бесѣдахъ о Судѣ, я, оставляя въ сторонѣ «право» и положеніе о непротивленіи злу, высказывалъ приблизительно слѣдующее: задача уголовнаго суда вовсе не исчерпывается назначеніемъ лицу, признанному виновнымъ въ томъ или другомъ преступленіи, наказанія тюрьмою, каторгой или ссылкой. Цѣль правильно организованнаго Суда гораздо шире и значительнѣе. Суду предстоитъ, во-первыхъ, выяснить истину въ событіи, заключающемся въ столкновеніи между собою людей, повлекшемъ болѣе или менѣе крупное нарушеніе правъ и интересовъ одного или нѣсколькихъ лицъ. Опредѣленіе причины совершившагося, независимо отъ отвлеченнаго интереса къ установленію истины, при наличности такихъ фактовъ, какъ нахожденіе тѣла человѣка съ признаками насильственной смерти, пожара, не вызваннаго естественною причиной, составляетъ какъ бы врожденную потребность человѣка, проявлявшуюся въ немъ во всѣ времена и непремѣнно побуждающую его къ разслѣдованію подобнаго уголовнаго событія. Установленіе Судомъ кто именно совершилъ дѣяніе, имѣющее признаки преступленія, вовсе не влечетъ за собою непремѣннаго назначенія тому лицу наказанія, ибо въ цѣломъ рядѣ случаевъ, если, напр., совершитель психически ненормаленъ, боленъ, находился по той или другой причинѣ въ состояніи невмѣняемости (опьяненіе, аффектъ, самооборона, принужденіе), учинилъ изслѣдуемое дѣяніе безсознательно или по неосторожности—«преступленія», влекущаго для учинившаго его наказаніе, нѣтъ налицо. Точное опредѣленіе личности совершителя даннаго преступленія важно еще тѣмъ, что оно устраняетъ подозрѣніе, часто падающее на совершенно непричастныхъ лицъ, а такое подозрѣніе, хотя оно не влечетъ за собою тюремнаго заключенія, не есть что-либо безразличное и можетъ имѣть очень тяжелыя для заподозрѣннаго послѣдствія. Во-вторыхъ, суду надлежитъ выяснить не только характеръ уголовнаго событія, но и всѣ условія его совершенія, причины, побудившія данное лицо учинить пре-

Digitized by Google

ступленіе, и изслѣдовать до извѣстной степени его личность и среду, въ которой онъ жилъ, а также взгляды этой среды на значеніе совершеннаго дѣянія. — Эта задача Суда особенно важна, такъ какъ выясненіе ея можетъ указать на особенности и ненормальности жизни изслѣдованной среды, которыя, независимо отъ характера личности совершителя, могли подвинуть его на преступленіе, и которыя, слѣдовательно, надлежитъ устранить. Въ-третьихъ, Суду при наличности столкновенія, затрогивающаго жизненные интересы нѣсколькихъ лицъ, надлежитъ авторитетно, убѣдительно для спорящихъ, разрѣшить вопросъ о томъ, кто правъ, и тѣмъ прекратить длящійся раздоръ, грозящій повтореніемъ преступленій. Въ-четвертыхъ, Судъ исправляетъ, насколько возможно, совершенное зло, возвращая собственнику похищенное у него и опредѣляя обязанность совершителя вознаградить матеріально потерпѣвшаго. Судъ удовлетворяетъ и въ духовномъ отношеніи потерпѣвшаго, высказывая безпристрастное осужденіе его обидчику. Судъ во многихъ случаяхъ имѣетъ своею задачею примиреніе сторонъ, вступившихъ въ конфликтъ. Убѣдившись во вредѣ допущенной извѣстнымъ лицомъ дѣятельности, Судъ воспрещаетъ ему таковую. Провозглашая безпристрастно и согласно съ нравственнымъ закономъ постановленные приговоры, Судъ этимъ содѣйствуетъ распространенію и пониманію справедливости, становясь общедоступной школой добра. Наконецъ, въ очень многихъ случаяхъ судебное обвиненіе, производящееся незаинтересованными лицами, спасаетъ заподозрѣнное въ преступленіи лицо отъ преслѣдованія и мести потерпѣвшихъ, отъ такъ называемаго самосуда, всегда исключительно жестокаго и часто ошибочнаго. Мною указывались и другія еще обязанности уголовнаго суда, ничего общаго не имѣющія съ наказаніемъ, назначеніе котораго является далеко не главной задачей Суда. Я говорилъ о томъ, что Судъ, помѣщая въ исправительныя заведенія впавшихъ въ преступленіе несовершеннолѣтнихъ, часто безусловно спасаетъ ихъ, давая возможность пройти школу и пріобрѣсти нужныя въ нормальной жизни познанія и взгляды; говорилъ о воспитательномъ значеніи для людей слабовольныхъ и уже разъ преступившихъ общепризнанный порядокъ жизни «условнаго осужденія».

Признавая съ своей стороны совершенную несостоятельность нашей пенитенціарной системы, дѣйствительно дающей въ большинствѣ отрицательные результаты, я старался доказать, что эта система вовсе не связана съ идеей Суда, которая, — какъ я уже говорилъ, — гораздо шире и значительнѣе, и не должна быть отвергаема только потому, что осуществленіе ея въ данное время

Digitized by Google

поставлено неудовлетворительно. Идея Суда, направленная исключительно къ добру, это — идея борьбы съ насиліемъ не зломъ, не насиліемъ, а другими мѣрами. Если, однако, идея суда осуществляется въ данное время неправильно, толкуется невѣрно, — то это даетъ лишь основаніе къ работѣ надъ очищеніемъ ея отъ наноснаго сора, отъ чуждыхъ ей элементовъ, къ установленію такого порядка суда, который не извращалъ бы цѣли его — служенію справедливости. Идея христіанства, столь высоко цѣнимаго Л. Н., вся проникнута чувствомъ любви, прощенія, мира и братства, а между тѣмъ, примѣненіе ученія Христа къ дѣйствительной жизни въ настоящее время далеко отъ этой идеи и мирится съ войнами, смертными казнями, местью врагамъ, преслѣдованіемъ иновѣрныхъ и иноплеменныхъ, но отъ этого само ученіе не тускнѣетъ и Л. Н. отъ него не отказывается. Тоже надлежитъ примѣнить и къ идеѣ Суда.

И теперь, при современной, далекой отъ совершенства организаціи Суда, многое въ его дѣятельности не согласно съ однообразно-мрачною картиной, данной Л. Н. Такъ, преданіе суду лицъ, фактически невиновныхъ, встрѣчается, въ сущности, рѣдко, а напротивъ, оправданія присяжными засѣдателями подсудимыхъ, несомнѣнно совершившихъ дѣяніе, въ которомъ они обвиняются и даже сознаются, встрѣчаются часто, при чемъ по такимъ дѣламъ, какъ, напр., описанная Л. Н. кража несовершеннолѣтнимъ малымъ ничего нестоящихъ половиковъ, присяжные судьи не только выносятъ оправдательный приговоръ, но снабжаютъ подсудимаго деньгами, а защитникъ нерѣдко помогаетъ оправданному устроиться въ жизни. Указанные случаи не оправдываютъ, однако, принятую вездѣ въ отношеніи судебной репрессіи пенитенціарную систему, а напротивъ, подтверждаютъ ея жестокость, несправедливость и непрактичность, они, напротивъ, примѣняются какъ протестъ противъ существующихъ карательныхъ мѣръ. Но высказанное Л. Н. положеніе, что пенитенціарная система не можетъ быть улучшена, было бы вѣрно, если улучшеніе ея должно было бы ограничиться простой реформой въ родѣ снабженія содержащихся въ тюрьмахъ арестантовъ болѣе питательной пищей, болѣе мягкаго обращенія съ приговоренными на каторгу и т. п. Такая реформа, конечно, какъ мѣра палліативная, уменьшивъ мученія, сопряженныя съ лишеніемъ свободы, ничего въ существѣ дѣла не измѣнитъ,— принципъ «наказанія» останется тотъ же. Но улучшеніе карательной системы должно быть гораздо радикальнѣе, реформа должна коснуться именно принципіальной стороны дѣла и совершенно измѣнить «наказаніе», устранивъ окончательно идею возмездія, не

Digitized by Google

допуская безцѣльнаго лишенія свободы, представляющагося теперь какъ бы прямымъ и неизбѣжнымъ послѣдствіемъ совершенія преступленій извѣстной категоріи, и преслѣдуя лишь цѣли практическаго характера, какъ-то: приспособленіе, воспитаніе, лѣченіе и лишь въ рѣдкихъ случаяхъ насильственное обезвреживаніе или устраненіе, при томъ способами гуманными.

Говорилось мною и о томъ, что эволюція, движеніе впередъ въ указанномъ направленіи, несомнѣнно существуетъ и все болѣе и болѣе даетъ себя чувствовать, и не только въ отвергаемой Л. Н. наукѣ уголовнаго права, но даже и въ положительномъ законодательствѣ, допускающемъ въ жизнь такіе, недавно еще немыслимые институты, какъ условное осужденіе, условное досрочное освобожденіе. Я познакомилъ Л. Н. со взглядами на наказаніе извѣстнаго криминалиста Бара, считающаго возможнымъ во многихъ случаяхъ учиненія преступленій, въ связи съ мотивами его и другими условіями, ограничиться публично объявленнымъ «нравственнымъ осужденіемъ» преступника, а также съ ученіемъ представителей соціологической школы уголовнаго права, отрицательно относящихся къ дѣйствующему уголовному закону и къ настоящей практикѣ уголовныхъ судовъ. Приведенныя новыя теоріи, радикально измѣняющія въ отношеніи послѣдствій осужденія дѣятельность суда, постепенно завоевываютъ болѣе твердое положеніе въ уголовномъ правѣ, эволюціонирующемъ, но медленно, какъ и всѣ гуманитарныя науки, по сравненію съ прикладными, техническими, біологическими. Однако, за послѣднее десятилѣтіе наука уголовнаго права уже замѣтно двинулась впередъ, а потому наступленіе времени, когда нынѣшняя тюрьма и каторга станутъ такимъ же достояніемъ исторіи, какими уже стали примѣнявшіяся прежде судомъ пытки, битье кнутомъ и плетьми, клейменіе, вырываніе ноздрей, четвертованіе, уже не столь отдаленно.

Оспаривая мысль Л. Н., что опасеніе самосуда въ случаяхъ оставленія преступленій безъ преслѣдованія со стороны государственныхъ органовъ есть лишь фикція, а вредъ, наносимый обществу коронным судомъ налицо, я приводилъ рядъ извѣстныхъ мнѣ не по литературѣ, а встрѣченныхъ мною въ жизни, случаевъ самосуда, соединенныхъ съ грубыми ошибками относительно личности заподозрѣннаго и крайне жестокихъ, доказывающихъ въ то же время, что потребность въ нелицепріятномъ, незаинтересованномъ въ дѣлѣ судѣ существуетъ. И существуетъ потребность именно въ судебномъ разслѣдованіи дѣла, въ выясненіи истины, а не непремѣнно въ наказаніи. Это положеніе подтверждается совершенно различнымъ отношеніемъ толпы къ заподозрѣнному въ учи-

Digitized by Google

неніи преступленія, котораго она готова разорвать на части, и къ уже приговоренному къ наказанію арестанту, «несчастному», по терминологіи простолюдиновъ, возбуждающему жалость и сочувствіе.

Судъ, конечно, имѣетъ своей задачей поддерживать существующій въ данномъ обществѣ порядокъ жизни и только тогда можетъ быть авторитетнымъ и имѣть значеніе, основанное не на насиліи, а на добровольномъ признаніи населеніемъ обязательности его рѣшеній, когда его дѣятельность находится въ согласіи съ правовыми и бытовыми воззрѣніями общества. Разъ какъ общество въ цѣломъ признаетъ право собственности, то судъ обязанъ его охранять, но изъ этого положенія вовсе не вытекаетъ обязанности суда рѣшать подлежащія ему дѣла въ пользу собственниковъ и вообще состоятельныхъ людей и согласно указаніямъ правительства. Будучи органомъ государства, Судъ остается тѣмъ не менѣе совершенно независимымъ въ своихъ рѣшеніяхъ и отнюдь не долженъ подчиняться приказамъ представителей государственной власти. Судъ учрежденіе государственное въ томъ отношеніи, что лишь ему, организованному точно опредѣленнымъ образомъ, а не частнымъ лицамъ и обществамъ принадлежитъ право обязательнаго для населенія, поддерживаемаго государствомъ, разбирательства уголовныхъ и гражданскихъ дѣлъ. Судъ, конечно, можетъ стать учрежденіемъ, поддерживающимъ интересы одного сословія ко вреду другихъ, но такой судъ будетъ далекъ не только отъ идеала, но и отъ нормы, грѣша именно отсутствіемъ главнаго условія правильнаго своего функціонированія — независимости, объективности и политической незаинтересованности. Насколько административные органы должны быть зависимы отъ центральной государственной власти, настолько судебные должны быть ограждены отъ ея вліянія, и въ этомъ одно изъ крупныхъ различій этихъ двухъ функцій государства. Если въ данное время хотя бы во Франціи или въ Россіи судъ находится въ зависимости отъ правительственной власти и является послушнымъ ея орудіемъ, то это доказываетъ лишь, что организація суда неудовлетворительна и требуетъ коренной реформы; такой судъ заслуживаетъ дѣлаемые ему Толстымъ упреки и дѣйствительно бываетъ далекъ въ своихъ рѣшеніяхъ отъ справедливости.

Дѣятельность суда не можетъ даже въ идеалѣ обойтись въ извѣстныхъ случаяхъ безъ насилія, но насиліе это не должно быть разсматриваемо какъ зло и дѣйствительно не составляетъ такового. Насиліе, учиненное надъ умалишеннымъ въ видахъ огражденія его самого, такое же насиліе надъ пьянымъ, больнымъ, надъ ребенкомъ

Digitized by Google

или слѣпымъ, надъ лицомъ, находящимся въ безсознательномъ отъ раздраженія состояніи и т. п., не есть зло. Поэтому, помѣщеніе, по приговору суда, преступника-алкоголика, вопреки его воли, въ спеціальную лѣчебницу, психически непормальнаго человѣка — въ больницу, несовершеннолѣтняго нарушителя закона — въ исправительное воспитательное заведеніе, хотя сопровождается насиліемъ, не есть зло и не порочитъ суда.

Наконецъ, даже согласившись съ тѣмъ, что насиліе надъ человѣкомъ есть зло, нельзя не признать подсказываемой самой жизнью необходимости обращаться въ видѣ исключенія къ насилію, между прочимъ и въ судебной дѣятельности, при чемъ это насиліе, разъ какъ оно предписывается учрежденіемъ, пользующимся общимъ довѣріемъ населенія, учрежденіемъ, независимымъ ни отъ правительства, ни отъ той или другой политической партіи, сословія или группы людей, не можетъ имѣть одіознаго характера, ибо оно предпринимается не въ видахъ чьихъ-либо частныхъ интересовъ, а ради общей пользы, а при томъ безъ примѣненія какихъ-либо жестокихъ мѣръ. Такіе случаи въ судебной практикѣ должны имѣть мѣсто по отношенію къ профессіональнымъ преступникамъ, подлежащимъ удаленію изъ общества и лишенію свободы впредь до приспособленія ихъ къ нормальной жизни.

Такая организація суда, несомнѣнно, не легко достижима, она трудна къ установленію ея въ теоріи и на много труднѣе въ осуществленіи ея въ жизни, но она не плодъ праздной фантазіи и безусловно осуществится съ теченіемъ времени, что доказывается тѣми улучшеніями судопроизводства, которыя достигнуты, по сравненію съ недавнимъ еще дореформеннымъ процессомъ, уже въ настоящее время. Разумѣется, и въ дѣятельности такого суда будутъ дефекты и ошибки, онъ не будетъ совершенствомъ, но безусловный идеалъ едва ли вообще достижимъ.

Приводимые мною доводы не склонили Л. Н. къ рѣшительному признанію допустимости суда, но едва ли я ошибусь, утверждая, что принципіальное отрицаніе суда Л. Н. зависѣло главнымъ образомъ отъ того, что онъ видѣлъ предъ собою лишь существующее въ данное время судопроизводство и дѣйствующую карательную систему, знающую почти исключительно тюрьму, арестантскія исправительныя отдѣленія (ничѣмъ, въ сущности, не отличающіяся отъ тюрьмы), ссылку, каторгу и смертную казнь, а затѣмъ не довѣрялъ возможности измѣненія взглядовъ властвующихъ и законодательствующихъ на карательную функцію Суда и дѣйствительнаго улучшенія судебной организаціи. Но все-таки, не разъ въ концѣ нашей бесѣды Л. Н. соглашался съ тѣмъ, что въ жизни

Digitized by Google

людей встрѣчается надобность въ разрѣшеніи возникшаго между нѣсколькими лицами спора или столкновенія. На этой почвѣ Л. Н. готовъ былъ признать пользу гражданскаго суда и самъ приводилъ такой примѣръ: двое людей, обрабатывающіе землю совершенно рядомъ, сами не знаютъ, гдѣ граница фактическаго владѣнія каждаго изъ нихъ и потому не могутъ одни разобраться въ этомъ или подобномъ вопросѣ и оба обращаются къ извѣстному имъ почтенному лицу, или нѣсколькимъ лицамъ, съ просьбою разрѣшить ихъ сомнѣніе, а затѣмъ добровольно исполняютъ данный имъ совѣтъ. Л. Н. соглашался и съ тѣмъ, что такія, пользующіяся общимъ уваженіемъ, лица могутъ быть прямо избираемы населеніемъ. Вообще, идея суда гражданскаго, но при условіи, чтобы это не былъ судъ формальный, при которомъ можетъ выиграть споръ не тотъ, кто правъ, а тотъ, кто болѣе ловокъ и свѣдущъ въ законахъ, признавалась Л. Н. охотнѣе; его останавливало отъ окончательнаго допущенія ея лишь соображеніе о томъ, что немыслимо создать такой судъ, который руководствовался бы исключительно справедливостью, а не интересами собственными или меньшинства. Съ существованіемъ гражданскаго суда Л. Н. мирило еще то, что гражданскій процессъ начинается исключительно по волѣ сторонъ и можетъ быть въ каждый данный моментъ прекращенъ мировымъ соглашеніемъ и наконецъ, то, что приведеніе въ исполненіе гражданскихъ рѣшеній не сопровождается насиліемъ надъ личностью.

Признавая, что и въ уголовномъ Судѣ не все основано на насиліи, Л. Н. мирился въ концѣ концовъ и съ существованіемъ суда уголовнаго, но съ тѣми измѣненіями его дѣятельности, о которыхъ я говорилъ, а именно съ тѣмъ, чтобы судъ не былъ политическимъ, партійнымъ или сословнымъ органомъ, пользовался бы дѣйствительною самостоятельностью, а главное, съ тѣмъ, чтобы карательныя его функціи были радикально пересмотрѣны и наказаніе въ настоящемъ значеніи этого слова, т.-е. насильственное причиненіе путемъ лишенія свободы мученій преступникамъ было бы отмѣнено. Теорія Бара, идея нравственнаго осужденія представлялась Толстому допустимой, хотя Л. Н. отталкивало то, что и при такой постановкѣ суда человѣкъ присвоиваетъ себѣ право предъявлять извѣстное обвиненіе другимъ лицамъ, уличать ихъ и «осуждать» за дѣянія, въ которыхъ онъ, быть можетъ, самъ въ той же, если еще не въ большей степени, виновенъ. Тутъ получалось нѣкоторое противорѣчіе съ евангельскимъ положеніемъ, не устранявшееся, по мнѣнію Л. Н., мыслью о томъ, что въ Евангеліи имѣлся въ виду судъ болѣе строгій, чѣмъ нашъ, наказывавшій не только тюрьмою,

Digitized by Google

но и смертною казнью, т.-е., въ сущности, совершенно другое учрежденіе. Л. Н. допускалъ судъ лишь какъ исходъ изъ столкновенія нѣсколькихъ лицъ, сопровождавшагося и грозящаго взаимнымъ насиліемъ, примирить которое не представлялось возможнымъ инымъ образомъ.

Задачу «исправленія», если его понимать, какъ воспитаніе по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ и приспособленіе или лѣченіе по отношенію къ взрослымъ, хотя она вообще отвергалась Толстымъ въ его сочиненіяхъ (исключеніемъ является высказанная имъ въ сочиненіи «Царство Божіе внутри насъ» мысль, что преступниковъ надо не наказывать, а исправлять) Л. Н. соглашался ввѣрить реформированному суду, при чемъ мнѣ думается, что эта уступка вызывалось тѣмъ, что Л. Н. видѣлъ при его посѣщеніяхъ Тульскаго Исправительнаго пріюта, гдѣ онъ бывалъ со мною и одинъ нѣсколько разъ. Принципіально Л. Н. продолжалъ высказываться противъ такого рода учрежденій, имѣя, между прочимъ, въ виду то, что такими гуманными мѣропріятіями скрашивается зло, приносимое судомъ и вообще нашимъ соціальнымъ устройствомъ, скрашивается, но отнюдь не уничтожается, а между тѣмъ, въ глазахъ людей зло теряетъ свою остроту и съ нимъ легче мириться.

Кромѣ того, Л. Н. мало вѣрилъ въ искренность задачи и интереса устроителей и руководителей подобныхъ благотворительныхъ учрежденій, руководствующихся, въ большинствѣ, соображеніями карьернаго или тщеславнаго характера, а не любовью къ людямъ, между тѣмъ какъ дѣло воспитанія и спасенія возможно лишь при наличности непосредственнаго чувства любви къ человѣку, а потому воспитаніе обычно въ подобныхъ пріютахъ идетъ неудовлетворительно, оставаясь показной забавой. Таково было теоретическое отношеніе Л. Н. къ «исправительнымъ учрежденіямъ» вообще, но, посѣщая Тульскій пріютъ и видя тамъ мальчиковъ, занятыхъ работой, зимою по какому-нибудь мастерству, а лѣтомъ — въ огородѣ, или въ вечерніе часы весело играющихъ на дворѣ въ городки и другія игры, оживленно отвѣчающихъ на вопросы, не насилуемыхъ больше, чѣмъ насилуются вообще дѣти, обучающіеся какому-либо мастерству или находящіеся въ школѣ, Л. Н. соглашался со мной, что такой результатъ судебной дѣятельности — разуменъ.

Л. Н. говорилъ, что понимаетъ судъ въ лицѣ выбранныхъ населеніемъ почтенныхъ людей, «стариковъ», «лучшихъ людей», пользующихся общимъ довѣріемъ, разрѣшающій по просьбѣ заинтересованныхъ сторонъ имѣвшія мѣсто столкновенія и споры,

Digitized by Google

примиряющій враждующихъ и въ концѣ-концовъ произносящій рѣшенія, не влекущія для лица, признаннаго неправымъ, такихъ наказаній какъ тюрьма и всѣ прочія мѣры теперешней уголовной репрессіи.

Къ признанію суда въ такой смягченной и примитивной формѣ Л. Н. приходилъ въ бесѣдахъ со мною неоднократно, но признаніе это не вызывало измѣненія взгляда Л. Н. въ его писаніяхъ на реальный, творимый во всемъ мірѣ, судъ. Онъ оставался такимъ же отрицательнымъ, такъ какъ совпадалъ съ общимъ взглядомъ Л. Н. на государство, существующее насиліемъ, и такъ какъ Левъ Николаевичъ не отдаваясь спеціальному изученію идеи Суда и наилучшаго способа осуществленія ея, имѣлъ передъ глазами современное состояніе суда.

Нѣкоторое отступленіе, дѣлавшееся Л. Н. въ приведенныхъ бесѣдахъ со мною отъ категорически установленнаго имъ въ его сочиненіяхъ отрицанія всякой судебной дѣятельности, можно, думается мнѣ, объяснить слышаннымъ мною лично отъ Л. Н. разсужденіемъ о томъ, что онъ въ твореніяхъ своихъ, высказывая мысли по волнующимъ людей вопросамъ устройства жизни, выставлялъ идеалъ, совершенство, въ сущности, недостижимое, не указывая на допустимыя и на самомъ дѣлѣ неизбѣжныя отступленія отъ него, на компромиссы, которые сами собою появятся и устроятся, не затемняя, однако, идеала, который пересталъ бы быть таковымъ если его начертать съ допустимыми отъ него отступленіями и послабленіями.

Такимъ образомъ, Л. Н. какъ идеалъ представлялось такое состояніе человѣчества, при которомъ не было бы надобности ни въ уголовномъ, ни даже въ гражданскомъ судѣ, и люди сами не обращались бы къ Суду, а какъ допустимое отступленіе отъ идеала— Судъ, обязательность рѣшеній котораго зиждется не на внѣшней силѣ, а на авторитетности и справедливости его, Судъ, не знающій теперешней лѣстницы наказаній, обходящійся безъ полицейскихъ, тюремщиковъ и палачей, а напротивъ, вносящій въ жизнь примиреніе, возстанавливающій попранныя права, исправляющій зло, Судъ не формальный, Судъ общедоступный, если и примѣняющій насиліе, то лишь въ исключительныхъ случаяхъ и въ видахъ огражденія интересовъ осужденнаго или, въ извѣстныхъ случаяхъ, и всего общества.

Н. Давыдовъ.

Digitized by Google

Прекращеніе и временная пріостановка законодательнаго мандата по русскому праву.

Учрежденіе Государственной Думы содержитъ въ себѣ рядъ постановленій — стт. 17—22, — нормирующихъ вопросъ о выбытіи членовъ Думы изъ ея состава и о временномъ ихъ устраненіи отъ участія въ засѣданіяхъ[1]). Законъ при этомъ проводитъ строгое различіе между прекращеніемъ законодательнаго мандата и временною его пріостановкой. Первое имѣетъ своимъ послѣдствіемъ освобожденіе депутатскаго мѣста и образованіе вакансіи, которая подлежитъ замѣщенію въ порядкѣ ст. 144 Положенія о выборахъ въ Государственную Думу, если до наступленія срока общихъ выборовъ остается болѣе года. Вторая — влечетъ за собой лишь пріостановку дѣятельности народнаго представителя, впредь до выясненія вопроса о томъ, сохранилъ ли онъ право на мандатъ, или нѣтъ. Различію въ послѣдствіяхъ, при этомъ, соотвѣтствуетъ и различіе въ условіяхъ — прекращеніе мандата зависитъ отъ иныхъ предположеній, чѣмъ его пріостановка. Оба института, поэтому, подлежатъ самостоятельному анализу.

I.

Стт. 17—19 предусматриваютъ семь случаевъ выбытія члена Думы изъ ея состава, а именно:

1°. Отказъ отъ званія депутата, къ которому приравнивается отказъ дать торжественное обѣщаніе при вступленіи въ Думу.

2°. Утрату русскаго подданства.

3°. Утрату ценза, дающаго права на участіе въ выборахъ.

---

[1]) Ст. 27 учрежд. Государственнаго Совѣта правила эти распространяетъ на выборныхъ членовъ верхней палаты.

Digitized by Google

4°. Поступленіе на дѣйствительную военную службу[1]).

5°. Назначеніе по гражданской государственной службѣ на должность, соединенную съ опредѣленнымъ окладомъ содержанія[2]).

6°. Наступленіе обстоятельствъ, указанныхъ въ пунктахъ 1, 2, 5. 6 и 7 ст. 7₂ Положенія о выборахъ въ Гос. Думу.

7°. Непосѣщеніе засѣданій Гос. Думы въ теченіе года безъ отпуска[3]).

Какъ видно, здѣсь пропущено упоминаніе объ одномъ случаѣ несомнѣннаго прекращенія законодательныхъ полномочій, а именно: смерть члена Государственной Думы. Законодатель, очевидно, считалъ, что «выбытіе», въ данномъ случаѣ само собою разумѣется. Равнымъ образомъ, какъ показываетъ практика, наши законодательныя палаты не сомнѣваются въ томъ, что мѣсто скончавшагося депутата подлежитъ немедленному замѣщенію, примѣнительно къ ст. 144 Положенія о выборахъ[4]).

Съ указаннымъ дополненіемъ, перечень стт. 17—19 долженъ считаться исчерпывающимъ. Никакія иныя обстоятельства, кромѣ въ нихъ указанныхъ, не могутъ повлечь за собой выбытія члена Думы изъ ея состава[5]). Это правило относится и къ тѣмъ случаямъ, когда послѣ повѣрки полномочій обнаружится, что депутатъ не удовлетворяетъ одному изъ условій избираемости, Такъ, если впослѣдствіи окажется, что членъ Думы моложе 25 лѣтъ, состоитъ въ иностранномъ подданствѣ, не обладаетъ требуемымъ имущественнымъ цензомъ и потому неправильно былъ внесенъ въ изби-

---

[1]) Къ Госуд. Совѣту не относится.

[2]) Ссылка на ст. 7 относится къ Положенію о выборахъ 1906 года. Въ нынѣ дѣйствующемъ Положеніи 1907 года данному постановленію соотвѣтствуютъ пп. 1, 2, 6, 7 и 8 ст. 10. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что именно эта статья должна быть принимаема во вниманіе, такъ какъ Положеніе 1906 г. въ настоящее время замѣнено Положеніемъ 1907 г., по крайней мѣрѣ для большей части Имперіи, см. докладъ временной комиссіи третьей Думы, образованной (въ 1907 г.) для разсмотрѣнія сообщенія министра юстиціи о привлеченіи къ судебной отвѣтственности члена Думы Колюбакина. Прил. къ стенографическому отч., сессія I, т. I, № 228.

[3]) Законъ 6 іюля 1908 г. (къ Госуд. Совѣту не относится).

[4]) Та же точка зрѣнія господствуетъ и на западѣ, см., напр., v.-Rönne, Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie, 5 Aufl. (Zorn), B. I, Leipzig, 1899, S. 334.

[5]) Въ частности, это относится и къ упоминаемой въ п. 5 ст. 10 Положенія о выборахъ 1907 г. опекѣ. Въ Положеніи 1906 г., ст. 7, этотъ пунктъ отсутствуетъ. По мнѣнію временной комиссіи, образованной въ 1907 г. (см. выше), здѣсь возникаютъ затрудненія: съ одной стороны, если принять этотъ пунктъ, то создается неравенство между правоположеніемъ членовъ законодательныхъ собраній, а если не примѣнить, то какъ бы теряется принципіальная почва для примѣненія Положенія 1907 г. въ тѣхъ случаяхъ, когда учрежденіе Госуд. Думы содержитъ ссылки на Положеніе 1906 г. (докладъ № 228). Едва ли, однако, умѣстны здѣсь какія либо сомнѣнія: ст. 17 и слѣд. содержатъ въ себѣ рядъ нормъ ограничительнаго характера. Распространительному же толкованію послѣднія не подлежатъ.

Digitized by Google

рательные списки, подвергался судебному преслѣдованію и понесъ наказаніе, то тѣмъ не менѣе данное лицо имѣетъ сохранить за собою свои депутатскія полномочія. Это непосредственно вытекаетъ изъ юрисдикціоннаго характера акта повѣрки полномочій, сообщающаго рѣшеніямъ палатъ свойства rei judicatae[1]). Такимъ образомъ, разъ пройдены всѣ стадіи избирательной операціи, включая повѣрку полномочій, прекращеніе законодательнаго мандата можетъ послѣдовать только въ случаѣ наступленія новаго обстоятельства, т.-е. такого, которое до того Гос. Думой въ виду не имѣлось.

II.

Обстоятельства, влекущія за собой выбытіе члена Думы изъ ея состава, бываютъ двухъ родовъ. Одни изъ нихъ зависятъ отъ доброй воли заинтересованнаго лица — сюда относится отказъ отъ званія, неподписаніе торжественнаго обѣщанія при вступленіи въ Думу и непосѣщеніе ея засѣданій въ теченіе года безъ отпуска. Другія наступаютъ независимо отъ желанія депутата — это потеря такъ называемыхъ условій избираемости. Остановимся сперва на первой категоріи.

Право отказа отъ законодательнаго мандата допускается положительнымъ правомъ большинства государствъ съ представительнымъ строемъ[2]). Съ теоретической точки зрѣнія, однако, вопросъ довольно споренъ. Тамъ, гдѣ законъ даетъ прямое указаніе, какъ, напр., во Франціи[3]), сомнѣній не возникаетъ. Но иначе обстоитъ дѣло въ тѣхъ странахъ, гдѣ нѣтъ спеціальныхъ законодательныхъ опредѣленій, такъ какъ, по общему правилу, отказъ отъ публичныхъ субъективныхъ правъ считается недопустимымъ[4]). Тѣмъ не менѣе практика, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, допускаетъ сложеніе съ себя депутатомъ своихъ полномочій[5]).

---

[1]) Этому вопросу мы посвящаемъ особую статью, имѣющую появиться въ печати въ ближайшемъ будущемъ.

[2]) Исключеніе представляетъ собой Англія, гдѣ отказъ недопустимъ. На практикѣ, однако, лица, желающія выйти изъ состава палатъ, ходатайствуютъ о назначеніи ихъ на одну изъ старыхъ коронныхъ должностей, имѣющихъ лишь номинальное значеніе, въ чемъ, обыкновенно, отказа не бываетъ. См. Энсонъ, Англійскій парламентъ, перев. Захарова, С.-Пб., 1908 г., стран. 84.

[3]) Ст. 16 закона 20 ноября 1875 г. и ст. 25 закона 2 августа 1875 г. Та же точка зрѣнія въ Норвегіи, Morgenstierne, Das Staatsrecht des Königr. Norwegen, Tüb. 1911, .S. 68.

[4]) См., напр., Schönborn, Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht, Tüb. 1908, S. 42 ff.

[5]) По мнѣнію однихъ, это представляется вполнѣ совмѣстимымъ съ понятіемъ субъективнаго права; см., напр., Iellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2 ausg., Tüb. 1905, S. 340 (допустимость отказа отъ активнаго status'a). Съ точки зрѣнія другихъ, дѣло сводится къ тому, что

Digitized by Google

Въ нѣкоторыхъ странахъ отказъ отъ законодательнаго мандата ставится въ зависимость отъ согласія парламента. Такъ, напр., во Франціи, по ст. 10 закона 16 іюля 1875 года объ отношеніи между государственными властями, принятіе отставки народнаго представителя зависитъ отъ каждой палаты, по принадлежности[1]). При этомъ ходатайство депутата можетъ быть отклонено какъ по формальнымъ, такъ и по матеріальнымъ мотивамъ[2]).

У насъ вопросъ ставится совершенно иначе. Дума не въ правѣ не выразить согласія на сложеніе депутатомъ своихъ полномочій, и никакихъ преній по этому поводу въ ней быть не можетъ[3]). Заявленіе подается членомъ Думы предсѣдателю, который въ данномъ случаѣ играетъ роль регистрирующей инстанціи, относящейся къ вопросу чисто формально. Единственное, что подлежитъ его провѣркѣ, это внѣшняя форма дѣла, а именно, насколько заявленіе депутата— которое, согласно ст. 17 учр. Гос. Думы, обязательно должно быть письменнымъ — соотвѣтствуетъ постановленіямъ нашего законодательства о прошеніяхъ, подаваемыхъ въ присутственныя мѣста. Самое же сообщеніе палатѣ о поступившемъ заявленіи имѣетъ исключительно информаціонный характеръ. Никакихъ преній по существу допущено быть не можетъ, и о заявленіи должно быть немедленно поставлено въ извѣстность правительство[4]).

Что касается момента, съ котораго депутатъ долженъ считаться утратившимъ свое званіе, то рѣшающую роль играетъ здѣсь резолюція предсѣдателя Думы или Совѣта: такова точка зрѣнія, усвоенная Думой по дѣлу депутата Блюменталя[5]). Она совер-

---

здѣсь имѣется издавна установившаяся норма обычнаго права, см., напр., Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs, 5 ausg., B. I, Tüb. 1911, S. 340; ср. Schönborn, op. cit., S. 78 ff. Подробныя указанія съ точки зрѣнія положительнаго права отдѣльныхъ германскихъ государствъ, см. у Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, 6 aufl. (Anschütz), Leipzig, 1905, S. 309.

[1]) «Chacune des Chambre... peut seule recevoir leur démission».

[2]) См. Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, 3-me éd., Paris, 1908, №№ 315 и 316, а также Supplément 1910, ibid.

[3]) Ср. справедливыя замѣчанія деп. Коваленко I въ засѣданіи Думы 20 I. 1910, стеногр. отчетъ, стран. 34.

[4]) См. § 25 наказа Госуд. Совѣта и наказа Госуд. Думы. Ср. стенографическій отчетъ Госуд. Совѣта, III сессія, спис. 117, 877, 984.

[5]) 1 сентября 1908 г. Блюменталемъ послано было заявленіе о сложеніи имъ съ себя званія члена Госуд. Думы, а 16-го того же мѣсяца — вторичное заявленіе о томъ, что онъ беретъ свой отказъ обратно. Въ моментъ полученія этого второго заявленія первое не было еще доложено предсѣдателю Думы за отсутствіемъ его изъ С.-Петербурга. Въ виду того, что вопросъ впервые возникалъ въ практикѣ Думы, совѣщаніе предложило общему собранію передать дѣло на заключеніе IV отдѣла. Послѣдній, разсмотрѣвъ переписку, съ своей стороны призналъ, что Блюменталь, несмотря на первоначально поданное имъ заявленіе, званіе члена Думы сохранилъ (докладъ № 37, 3-го января). Докладъ отдѣла подвергся обсужденію общаго собранія въ засѣданіи 20 января 1910 г. (стен. отч., стран. 30

Digitized by Google

шенно правильна, поскольку рѣчь идетъ объ участіи подателя заявленія во внутренней жизни палатъ. Съ этого момента, дѣйствительно, прекращается для него возможность участвовать въ засѣданіяхъ Думы или ея комиссій; съ того же момента ему можетъ быть запрещенъ даже входъ въ зданіе палатъ. Но прерогативы депутата и, въ частности, неприкосновенность (стт. 15 и 16 учрежденія Госуд. Думы) продолжаютъ его покрывать до момента полученія предсѣдателемъ Совѣта Министровъ извѣщенія о сложеніи имъ полномочій. Ибо подача заявленія, сама по себѣ, есть res interna парламента, могущая возымѣть какое-либо дѣйствіе во внѣ лишь постольку, поскольку объ ней окажутся освѣдомленными подлежащіе государственные органы.

III.

Переходимъ къ утратѣ членомъ Думы условій избираемости.

Наше законодательство отличается въ данномъ отношеніи отъ западно-европейскихъ тѣмъ, что оно даетъ точное и исчерпывающее перечисленіе тѣхъ случаевъ, когда депутатомъ утрачивается это званіе. На западѣ законъ, обыкновенно, либо ограничивается общею формулой[1]), либо не содержитъ въ себѣ никакихъ указаній по данному вопросу. Тѣмъ не менѣе, какъ теорія, такъ и практика признаютъ, что депутатъ, переставшій удовлетворять тѣмъ требованіямъ, которыми законъ обусловливаетъ пассивное избирательное право, утрачиваетъ свой мандатъ. Такъ, напр., Лабандъ, указавъ на то, что отвѣтъ на вопросъ можетъ быть сомнителенъ, такъ какъ условія, которыя необходимы, чтобы сдѣлаться членомъ рейхстага, могли бы и не совпадать съ тѣми которыя требуются для дальнѣйшаго пребыванія въ этомъ званіи, тѣмъ не менѣе находитъ что утвердительное рѣшеніе вопроса

и слѣд.), со стороны нѣкоторыхъ депутатовъ (Коваленко I, Карякинъ, Замысловскій и др.) была высказана при этомъ мысль, что отказъ долженъ считаться дѣйствительнымъ съ момента посылки заявленія. Точка зрѣнія эта, однако, явно ошибочна: съ одной стороны, пока заявленіе не дошло до адресата — въ данномъ случаѣ, предсѣдателя Думы — оно, юридически, не существуетъ; съ другой — само заявленіе можетъ и не быть принято предсѣдателемъ Думы по чисто формальнымъ основаніямъ (отсутствіе подписи, неразборчивость и т. п.). Общее собраніе съ заключеніемъ отдѣла согласилось.

[1]) См., напр., ст. 58 датской конституціи: «Всякій членъ ригсдага, правильно избранный, если онъ оказывается въ такомъ положеніи, которое лишаетъ его пассивнаго избирательнаго права, теряетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и права, полученныя имъ при избраніи». Гессенскій избирательный законъ отъ 3 іюня 1911 г., von Calker, Das Staatsrecht des Grossherz. Hessen, Tüb. 1913, S. 52. Лишь немногія законодательства содержатъ въ себѣ подробныя указанія; см., напр., § 158 вюртембергской конституціи по редакціи 1906 г., Göz, Die Verfassungsurkunde f. d. Königr. Würtemberg, Tüb. 1906, S. 314 ff.

Digitized by Google

вытекаетъ изъ природы вещей[1]). Того же мнѣнія деп. Зейдель[2]), Г. Мейеръ[3]), Цорнъ[4]) и другіе толкователи германской конституціи. Равнымъ образомъ и во французской литературѣ изложенная точка зрѣнія является общепринятой[5]).

Теоретическимъ обоснованіемъ права палатъ на удаленіе ихъ членовъ въ случаѣ утраты ими условій избираемости обыкновенно выставляютъ принадлежащее парламенту право провѣрки полномочій депутатовъ — если парламентъ является судьей правильности вступленія народнаго представителя въ его составъ, то тѣмъ болѣе онъ судья права его оставаться въ его средѣ[6]). И на самомъ дѣлѣ разъ законъ требуетъ, чтобы лицо, выставляющее свою кандидатуру, удовлетворяло извѣстнымъ условіямъ, было бы нелогично, чтобы при утратѣ ихъ оно могло продолжать нести обязанности депутата. На самомъ дѣлѣ одно изъ двухъ: либо эти реквизиты считаются законодателемъ необходимыми для правильнаго осуществленія законодательнаго мандата — тогда отпаденіе ихъ должно влечь за собою прекращеніе мандата; либо въ глазахъ закона они играютъ подчиненную роль — но въ этомъ случаѣ требованіе ихъ отъ баллотирующихся совершенно нецѣлесообразно.

IV.

Изъ перечисляемыхъ въ ст. 18 учр. Гос. Думы обстоятельствъ, влекущихъ за собою выбытіе члена Думы изъ ея состава, ни утрата русскаго подданства, ни поступленіе на дѣйствительную военную службу, ни назначеніе по гражданской государственной службѣ на должность, соединенную съ опредѣленнымъ окладомъ содержанія, особыхъ затрудненій при толкованіи не вызываютъ. То же самое слѣдуетъ сказать и про ст. 19[7]).

---

[1]) Op. cit., I, 341: «Allein aus der Natur der Sache darf man wohl unbedenklich die Bejahung der Frage herleiten».

[2]) Der deutsche Reichstag, въ Annalen des deutschen Reichs, 1880, S. 397: «Wer aber nach gesetzlichen Auspruche zum Mitgliede nicht geeignet ist, der kann es nicht nur nicht werden, sondern auch nicht bleiben.

[3]) Op. cit., 448.

[4]) Reichsstaatsrecht, 2 aufl., 1899, B. I, S. 250.

[5]) См., напр., Esmein, Eléments de droit constitutionnel, éd., 4-me Paris, 1906, p. 784; Duguit, Traité de droit constitutionnel, Paris, 1911, t. II, p. 269 et suiv.

[6]) См., напр., Walz, Das Staatsrecht der Grossherz. Baden, Tüb. 1909, S. 80: «Aus dem den Kammern angeräumten Prüfungsrechte folgt weiter, dass dieselben nicht nur bei des ersten Zulassung, sondern auch fernerhin über das Vorhandensein der Legitimation ihrer Mitglieder, zu wachen haben und dass sie deshalb auch befugt sind, bei einem späteren Wegfall der Voraussetzungen für die Mitgliedschaft diese letztere für erloschen zu erklären». Ср. Duguit, op. cit., II, 270.

[7]) Мы оставляемъ въ сторонѣ вопросъ о томъ, насколько п. 1 ст. 10 Положенія о выборахъ имѣетъ въ виду конкретное наказаніе или максималь-

Digitized by Google

На самомъ дѣлѣ, что касается увольненія отъ русскаго подданства, то таковое, какъ извѣстно, можетъ послѣдовать только на основаніи Высочайшаго повелѣнія. Самовольное же вступленіе въ подданство другой державы наказуемо согласно ст. 325 уложенія наказ. Такимъ образомъ въ томъ и другомъ случаѣ переходъ въ иностранное подданство долженъ быть констатированъ офиціальнымъ актомъ, исходящимъ либо отъ Верховной власти, либо отъ суда[1]) — лишь тогда возможно прекращеніе законодательнаго мандата. Рѣшающую роль при этомъ должно играть прекращеніе подданнической связи съ Россіей; само по себѣ пріобрѣтеніе иностраннаго подданства и образованіе двойного подданства въ данномъ случаѣ никакого значенія не имѣло бы. Такъ напр. если бы оказалось, что тотъ или другой членъ Думы родившійся въ Южной Америкѣ[2]) отъ русскихъ родителей, является въ глазахъ чилійскаго или перувіанскаго закона мѣстнымъ подданнымъ, то это обстоятельство не могло бы быть подведено подъ п. 1 ст. 18, ибо со стороны даннаго депутата никакой «утраты» русскаго подданства не было, а, напротивъ того, было одновременное пріобрѣтеніе фактомъ рожденія двухъ подданствъ — русскаго и иностраннаго.

Что касается, далѣе, поступленія на гражданскую службу, то законъ ставитъ три условія, а именно, чтобы служба была государственной, и чтобы назначеніе состоялось на должность, и чтобы эта послѣдняя была соединена съ опредѣленнымъ окладомъ содержанія. Подъ государственной службой ст. 18 разумѣетъ службу по опредѣленію отъ правительства. Понятіе службы въ данномъ случаѣ, должно быть толкуемо рестриктивно, такъ какъ рѣчь идетъ о нормѣ съ ограничительнымъ характеромъ. Правда, законодательные мотивы, легшіе въ основаніе приведеннаго постановленія, могли бы съ одинаковымъ успѣхомъ быть отнесены къ любой службѣ. На самомъ дѣлѣ, Совѣтъ Министровъ, разсмотрѣвъ представленіе ст.-секр. Булыгина, призналъ необходимымъ предоставить чиновникамъ активное избирательное право, высказался противъ права пассивнаго. «По обширности предстоящихъ Гос. Думѣ задачъ, читаемъ мы въ меморіи Совѣта Министровъ, члены ея вѣроятно запяты значительную часть года. При такихъ условіяхъ, и имѣя въ виду, что члены Думы будутъ нести связанныя съ этимъ

ную наказуемость, такъ какъ этотъ вопросъ съ исчерпывающей полнотой и обстоятельностью разсмотрѣнъ гр. П. Толстымъ. По нормальной наказуемости или по конкретному наказанію, «Право», 1908, №№ 50, 51 и 52.

[1]) По вопросу о томъ, насколько, вообще, ст. 325 улож. наказ. можетъ получить практическое примѣненіе см. Шавровъ, Вступленіе въ подданство иностранной державы, «Право», 1899, стран. 2312 и слѣд.

[2]) Здѣсь, какъ извѣстно, господствуетъ принципъ jus soli.

Digitized by Google

званіемъ обязанности въ теченіе 5 лѣтъ, нельзя не прійти къ заключенію невозможности для лицъ, отправляющихъ сколько-нибудь отвѣтственныя занятія на службѣ государственной состоять одновременно и въ числѣ членовъ Думы и т. п.»[1]). Соображенія эти, однако, затрогиваютъ лишь одну сторону вопроса и притомъ не самую существенную, такъ какъ чиновнику, избранному въ народные представители, начальство всегда можетъ давать отпуски на время сессій парламента, какъ то и дѣлается въ тѣхъ странахъ, гдѣ допускается подобное совмѣстительство. Гораздо важнѣе то, что чиновникъ, находясь въ состояніи подчиненности къ своему іерархическому начальству, не можетъ обладать той независимостью, которая необходима депутату для успѣшнаго выполненія лежащихъ на немъ обязанностей[2]). И несомнѣнно, что именно этотъ мотивъ и побудилъ законодателя включить въ учрежденіе Госуд. Думы п. 3 ст. 18.

Такимъ образомъ, не совмѣстима съ званіемъ депутата только служба государственная, но не иные виды службы, какъ-то: общественная, придворная[3]) и т. п. Самый способъ замѣщенія должности — по назначенію или по выборамъ — самъ по себѣ совершенно безразличенъ.

Второе условіе примѣненія ст. 18 — занятіе лицомъ опредѣленной должности. Простого состоянія на службѣ не достаточно, и потому всѣ причисленные, состоящіе въ вѣдомствѣ и т. п., могутъ вмѣстѣ съ тѣмъ быть и членами Думы. Сколь бы ни были отвѣтственны порученія, даваемыя этимъ лицамъ ихъ начальствомъ, какую бы, фактически, они въ своемъ вѣдомствѣ роль ни играли, все же должности, въ техническомъ значеніи слова, они не занимаютъ.

Отъ должности, однако, не требуется, чтобы она была непремѣнно штатной. Какъ извѣстно, въ настоящее время не всѣ должности основываются на штатахъ, а многія изъ нихъ созданы

---

[1]) Матеріалы по учрежденію Госуд. Думы, 1905, вып. I, стран. 57.

[2]) Такъ называемая дисциплинарная безотвѣтственность на практикѣ всегда бываетъ иллюзорна, см. Шалландъ, Иммунитетъ народныхъ представителей, т. II, Юр. 1913, стран. 171 и слѣд.

[3]) Но не служба по министерству Двора. Относительно лицъ духовныхъ Сенатъ призналъ, что римско-католическіе епископы и ксендзы, получающіе жалованье изъ казны, должны считаться на государственной службѣ и въ случаѣ избранія въ члены Думы должны оставить занимаемыя ими епархіальныя должности (указъ 1906 г., № 197); въ иномъ положеніи, по мнѣнію Сената, находятся епископы господствующей церкви, такъ какъ они не могутъ считаться состоящими на государственной гражданской службѣ (указъ 1907 г., № 608). См. Положеніе о выборахъ въ Госуд. Думу, изд. министерства внутр. дѣлъ, С.-Пб. 1907 г., стран. 99. Ср. замѣчаніе Лазаревскаго, Русское государственное право, т. I, изд. 3-е, С.-Пб. 1913 года, стран. 494 и слѣд.

Digitized by Google

тѣмъ или другимъ законодательнымъ актомъ. Старое понятіе «классной должности» теперь уступило мѣсто другому — должности, учрежденной въ установленномъ (т.-е. законодательномъ) порядкѣ[1]).

Къ состоянію въ должности должно быть приравнено и исправленіе должности вакантной[2]). Иначе дѣло обстояло бы въ случаѣ временнаго исправленія лицомъ, штатной должности не занимающимъ, должности по случаю увольненія въ отпускъ, командировки или болѣзни лица, состоящаго въ данной должности[3]): замѣститель, въ данномъ случаѣ, въ права замѣщаемаго не вступаетъ, должность не считается вакантной, и ее исправляющій никакими правами — въ томъ числѣ и правомъ на окладъ данной должности — не пользуется. Поэтому причисленный къ министерству, которому было бы во время отсутствія директора департамента поручено онымъ управлять, могъ бы сохранить свое званіе члена Госуд. Думы.

Третье изъ выставляемыхъ ст. 18 условій, это — занятіе должности съ опредѣленнымъ окладомъ содержанія. Источникъ, за счетъ котораго производится это содержаніе, роли не играетъ; безразлично, поэтому, получаетъ ли чиновникъ жалованье изъ рессурсовъ казны, изъ спеціальныхъ или партикулярныхъ средствъ того или другого учрежденія или изъ какихъ-либо иныхъ суммъ. Равнымъ образомъ не важно, опредѣленъ ли размѣръ вознагражденія штатами или особымъ Высочайшимъ повелѣніемъ[4]). Нужно только, чтобы окладъ имѣлъ устойчивый характеръ и былъ установленъ въ качествѣ постояннаго содержанія. Поэтому единовременныя выдачи, хотя бы и періодическія, повторяющіяся, напр., на праздникахъ, передъ каникулами и т. п., сюда не подойдутъ, такъ какъ эти выдачи носятъ характеръ вознагражденія за опредѣленный трудъ, а не содержанія въ тѣсномъ смыслѣ слова. Точно такъ же, когда размѣръ вознагражденія зависитъ отъ усмотрѣнія того или другого лица или учрежденія и окладъ не является разъ навсегда опредѣленнымъ, правило ст. 18 непримѣнимо. Съ этой точки зрѣнія указъ Сената 1907 года[5]), признавшій, что должности предсѣдателей и членовъ земскихъ управъ и городскихъ головъ совмѣстимы

---

[1]) Подробное изложеніе этого вопроса см. въ опредѣленіи Сената отъ 13 декабря 1896 г. и 19 декабря 1897 г., основанномъ на предложеніи министра юстиціи отъ 27 сентября 1897 года. Предложеніе приводится у барона Нолькена, Разъясненія I общаго собранія Сената, С.-Пб. 1901 года, стран. 112 и слѣд.

[2]) Уст. о служб. прав., ст. 560.

[3]) Ibid., стран. 562.

[4]) Уст. служб. прав., ст. 543, п. 3.

[5]) № 201. Раньше Сенатъ держался иной точки зрѣнія, см. указъ 1906 г., № 201.

Digitized by Google

съ званіемъ членовъ Госуд. Думы, совершенно правильно толкуетъ законъ[1]), ибо жалованье, получаемое этими лицами, составляетъ вознагражденіе за исполненіе ими извѣстныхъ обязанностей, а не ихъ служебное преимущество. На этомъ основаніи къ служащимъ въ земскихъ учрежденіяхъ непримѣнимы, напр., постановленія ст. 567 устава о служб., касающіяся производства выдачи жалованья по двумъ должностямъ[2]), ст. 589, объ удовлетвореніи жалованьемъ за время нахожденія подъ слѣдствіемъ и судомъ лицъ, уволенныхъ отъ должностей[3]), и др.; производимыя имъ выдачи не дѣлятся на жалованье, столовыя и квартирныя и т. п.[4]).

Совершенно непонятнымъ зато является разъясненіе I общаго собранія, послѣдовавшее въ 1907 году[5]), по вопросу о правѣ нотаріусовъ быть членами Госуд. Думы. По мнѣнію Сената, совмѣстительство, въ данномъ случаѣ, недопустимо потому, что ежегодныя занятія Думы могутъ продолжаться до 8 и болѣе мѣсяцевъ, и нотаріусъ, въ случаѣ избранія его членомъ Думы, долженъ былъ бы отлучаться изъ мѣста своего жительства въ Петербургъ на весьма продолжительный срокъ и не нести все это время своихъ профессіональныхъ обязанностей; далѣе нотаріусъ долженъ былъ просить объ увольненіи въ отпускъ, съ замѣною себя другимъ лицомъ, быть можетъ, и на такой срокъ, который по своей продолжительности и не могъ бы быть разрѣшенъ ему предсѣдателемъ окружнаго суда.

Соображенія эти, однако, могли бы имѣть значеніе только de lege ferenda. Они примѣнимы ко всякому лицу, состоящему на государственной службѣ. Но законъ, какъ мы только что видѣли, воспрещаетъ совмѣстительство только тѣмъ изъ чиновниковъ, которые получаютъ содержаніе. Къ этой же категоріи нотаріусы ни въ какомъ случаѣ отнесены быть не могутъ.

---

[1]) Мотивы, приведенные Сенатомъ, сводятся къ тому, что названныя лица, съ одной стороны, не состоятъ, а лишь «считаются» состоящими на государственной службѣ, а съ другой, — что оклады содержанія ихъ опредѣляются не штатами, а земскими собраніями на трехлѣтіе и четырехлѣтіе, см. Положеніе о выборахъ, изданіе мин. вн. дѣлъ, стран. 99. Первое изъ приведенныхъ соображеній весьма шатко, ср. замѣчанія Лазаревскаго, назв. сочиненіе, т. I, стран. 494, и т. II, стран. 88.

[2]) Указъ Сената 15 іюля 1908 г., № 8471, см. Кузнецовъ, Систематическій сводъ указовъ Сената, послѣдовавшихъ по земскимъ дѣламъ, т. V, Воронежъ, 1909 г., стран. 60 и слѣд.

[3]) Указъ 12 мая 1909 г., № 4864, см. Кузнецовъ, назв. соч., т. V, стран. 49 и слѣд.

[4]) Сказанному не противорѣчитъ то обстоятельство, что, согласно сенатскому указу 29 декабря 1903 г., № 13827 (Колычевъ, Положеніе о земскихъ учрежденіяхъ, С.-Пб. 1912 г., стран. 528), съ лицъ взимается сборъ съ содержанія, установленный закономъ 9 іюня 1843 г., такъ какъ подъ содержаніемъ законъ разумѣетъ всѣ виды постоянныхъ выдачъ по службѣ, независимо отъ ихъ источника, см. ст. 318 уст. о пошлинахъ.

[5]) № 33.

Digitized by Google

V.

Большія затрудненія для толкованія представляетъ п. 2 ст. 18, говорящій объ утратѣ ценза, дающаго право на участіе въ выборахъ.

Съ точки зрѣнія обиходнаго словоупотребленія терминъ «цензъ» употребляется въ различныхъ смыслахъ. Какъ вѣрно замѣчаетъ г. Гурвичъ, подъ цензомъ иногда понимаютъ совокупность всѣхъ отдѣльныхъ условій, при которыхъ пріобрѣтается пассивное избирательное право[1]). На нашемъ легальномъ языкѣ, однако, понятіе ценза до послѣдняго времени всегда относилось либо къ имуществу, либо къ возрасту[2]), либо къ образованію[3]). Новую терминологію внесло полож. о выб. въ Госуд. Думу. Здѣсь мы уже встрѣчаемся съ выраженіемъ «избирательный цензъ» — стт. 12, 56, 70, — при чемъ изъ контекста ст. 70 явствуетъ, что въ данномъ случаѣ имѣются въ виду всѣ, вообще, условія, которыя требуются отъ лицъ, принимающихъ участіе въ выборахъ: согласно этой статьѣ, лица, не внесенныя въ избирательные списки или до начала выборовъ утратившія избирательный цензъ, въ выборахъ не участвуютъ. Постановленіе это соотвѣтствуетъ послѣднему абзацу ст. 37 земск. полож., согласно коей лица, не внесенныя въ списки или утратившія избирательныя права до начала выборовъ, въ выборахъ не участвуютъ. Принципъ, здѣсь проводимый, совершенно ясенъ и простъ: лица, которыя утратили одно изъ условій избираемости послѣ составленія списковъ, къ избирательнымъ урнамъ не допускаются, при чемъ санкціей этого постановленія является ст. 5 правилъ 8 марта 1906 года, согласно коей лицо, завѣдомо не имѣющее или утратившее право участія въ выборахъ въ Госуд. Совѣтъ или Госуд. Думу, виновные въ участіи въ сихъ выборахъ, наказываются арестомъ отъ трехъ недѣль до трехъ мѣсяцевъ.

Такимъ образомъ терминъ «избирательный цензъ» совпадаетъ съ понятіемъ избирательныхъ правъ вообще. Ст. 18, однако, говоритъ не объ избирательномъ цензѣ, а о цензѣ, дающемъ право на участіе въ выборахъ, что не одно и то же. На самомъ дѣлѣ, выраженіе это мы встрѣчаемъ уже въ первоначальномъ учрежденіи

---

[1]) Утрата условій избираемости и прекращеніе депутатскихъ полномочій, «Право», 1911 г., № 16, стран. 963.

[2]) См., напр., временныя правила о предѣльномъ возрастномъ цензѣ чиновъ отд. корпуса погран. стражи, уст. тамож., т. VI, прилож. къ ст. 2, ст. 60 дополн. (изд. 1909 г.).

[3]) См., напр., правила объ установленіи образовательнаго ценза для духовныхъ лицъ магометанскаго исповѣданія по округу Оренбургскаго магометанскаго духовнаго собранія, Уставъ иностранныхъ исповѣданій, т. XI, ч. I, примѣчаніе къ ст. 1416 (прим.), ст. 1—8.

Digitized by Google

Госуд. Думы. Ст. 104 перечисляла лицъ, въ выборахъ не участвующихъ, и въ п. 9 упоминала о лишившихся ценза, дающаго право на участіе въ выборахъ, со ссылкой при этомъ на стт. 110, 114 и 115. Первая изъ этихъ статей, регулировавшая порядокъ избранія членовъ Думы отъ городовъ, никакого отношенія къ вопросу не имѣла, обѣ же другія опредѣляли размѣръ имущественнаго ценза, по съѣздамъ городскихъ и уѣздныхъ избирателей. Затѣмъ, ст. 29 говорила объ утратѣ званія члена Думы въ случаѣ «утраты имущественнаго ценза, дающаго право на участіе въ государственныхъ (?) выборахъ». Въ Положеніи 6-го августа, постановленіе п. 9 ст. 104 было выдѣлено въ особую статью (37), совпадающую съ нынѣ дѣйствующей ст. 70 полож. о выб., а ст. 29 получила ту же редакцію, что и п. 2 ст. 18 учрежд. Думы, т.-е. было опущено прилагательное «имущественный». Нетрудно понять, чѣмъ подобное опущеніе вызвано. Въ томъ, что цензъ, о которомъ говорилъ п. 9 ст. 104, могъ быть только имущественный, сомнѣній никакихъ быть не можетъ, такъ какъ всѣ прочіе виды «ценза», т.-е. условія избираемости и безъ того были перечислены въ остальныхъ пунктахъ статьи[1]). Но то же самое слѣдуетъ сказать и о ст. 18 и 19, ибо эти постановленія также даютъ перечень тѣхъ условій, утрата коихъ влечетъ за собой выбытіе изъ состава Думы. Законъ не ограничивается краткимъ указаніемъ — какъ онъ это дѣлаетъ въ ст. 70 Положенія о выборахъ — на то, что званіе депутата утрачивается вмѣстѣ съ потерею избирательнаго ценза[2]): онъ съ точностью указываетъ, какія именно обстоятельства влекутъ за собою выбытіе члена Думы изъ ея состава. Онъ упоминаетъ объ утратѣ подданства и гражданской чести, поступленіе на военную службу и т. д. Совершенно ясно, что цензъ, о которомъ говоритъ п. 2 ст. 18, есть цензъ имущественный и что пропускъ предиката, въ данномъ случаѣ, оправдывается тѣмъ, что онъ былъ бы совершенно излишенъ. На самомъ дѣлѣ, если бы «цензъ» въ данномъ случаѣ обозначалъ собой понятіе родовое и былъ бы синонимомъ избираемости,

[1]) Русское подданство, состояніе въ учебномъ возрастѣ, судимость, несостоятельность и т. д.

[2]) Такъ поступаетъ, напр., гессенскій законъ, ограничивающійся указаніемъ на то, что законодательный мандатъ прекращается при отпаденіи «Wählbarkeit». Въ тѣхъ странахъ, гдѣ законъ не даетъ никакихъ указаній (напр., во Франціи), признаютъ, что достаточно утраты любого условія избираемости. Въ Германіи возникъ споръ по вопросу о томъ, влечетъ ли за собой открытіе конкурса потерю законодательнаго мандата или нѣтъ. Такъ какъ согласно § 3 избирательнаго закона открытіе конкурса имѣетъ своимъ послѣдствіемъ лишеніе пассивнаго избирательнаго права, то господствующее мнѣніе признаетъ, что полномочія депутата и въ данномъ случаѣ подлежатъ прекращенію, см. Banke, Der Mangel an allgemeinen Vorschriften über die Fähigkeit zur Bekleidung von Ehrenämter, въ Annalen des deutschen Reichs, 1901, S. 401 ff.

Digitized by Google

то перечисленіе стт. 18 и 19 было бы совершенно безполезно, ибо отдѣльные пункты ихъ implicite содержались бы въ пунктѣ 2. Но этого мало. Какъ неоднократно указывалось въ литературѣ[1]) и съ парламентской трибуны[2]), распространительное толкованіе понятія «ценза» приводило бы къ результатамъ, которыхъ нельзя было бы назвать иначе, какъ абсурдными. На самомъ дѣлѣ, къ числу цензовъ, обладаніе коими требуется Положеніемъ о выборахъ, помимо имущественнаго и возрастного, относятся цензы служебный и квартирный, а также требованія мѣстожительства и принадлежности къ извѣстному учрежденію или предпріятію[3]). Между тѣмъ, самый фактъ избранія лица въ члены Думы лишаетъ его нѣкоторыхъ видовъ ценза, напр., служебнаго, квартирнаго и по мѣстожительству. Поэтому, если встать на строго-формальную точку зрѣнія, необходимо было бы признать, что депутатъ обязательно долженъ сохранять свое мѣстожительство въ томъ округѣ, который его избралъ, или остаться рабочимъ на той фабрикѣ, изъ которой онъ былъ посланъ въ губернское избирательное собраніе, и т. п. другими словами — пришлось бы предъявлять такія требованія, исполненіе которыхъ было бы и фактически и юридически несовмѣстимо съ тѣми обязанностями, которыя законъ же возлагаетъ на нихъ въ качествѣ членовъ законодательныхъ палатъ. Отсюда возможенъ только одинъ выходъ — признать, что терминъ «цензъ», дающій право на участіе въ выборахъ», — не синонимъ «избирательнаго ценза» а означаетъ только цензъ имущественный[4]).

Иначе однако взглянулъ въ 1911 году Госуд. Совѣтъ по дѣлу профессора Московскаго университета Мануйлова, уволеннаго безъ прошенія отъ занимаемой имъ должности, съ причисленіемъ къ министерству народнаго просвѣщенія. Комиссія личнаго состава и внутренняго распорядка нашла, что въ виду утраты имъ избирательнаго ценза — принадлежность къ числу ординарныхъ профессоровъ университета — онъ долженъ, за силою ст. 27 учрежденія Госуд. Совѣта и п. 2 ст. 18 учрежд. Госуд. Думы, почитаться выбывшимъ изъ состава Совѣта[5]). Общее собраніе, несмотря

[1]) См., напр., Лазаревскій, назв. соч., т. I, стран. 523; Елистратовъ, Государственное право, М. 1912 г., стран. 190; Гурвичъ, loc. cit.

[2]) См., напр., замѣчанія г. Шебеко въ засѣданіи Госуд. Совѣта, 1.III. 1911, стеногр. отчетъ, сессія VI, стран. 11.

[3]) По рабочей куріи.

[4]) Небезынтересно отмѣтить, что въ Даніи, гдѣ законъ говоритъ объ утратѣ избираемости, не опредѣляя ближайшимъ образомъ, въ какихъ именно случаяхъ это обстоятельство влечетъ за собой потерю законодательнаго мандата, практикой твердо установлено, что утрата депутатомъ мѣстожительства въ данномъ округѣ, гдѣ онъ былъ избранъ, не влечетъ за собою выхода изъ состава палаты, см. Goos und Hansen, Das Staatsrecht des Königreichs Dänemark, Tüb. 1913, S. 80.

[5]) Докладъ № 8.

Digitized by Google

на возраженія гг. Шебеко, Гримма и Донецкаго, 96-ю голосами противъ 48-ми, съ этой точкой зрѣнія согласилось. Въ пользу своего толкованія комиссіей личнаго состава никакихъ аргументовъ приведено не было: ею считалось вполнѣ очевиднымъ, что увольненіе проф. Мануйлова отъ должности представляло собой именно тотъ случай, который предусмотрѣнъ п. 2 ст. 18 [1]). Любопытно, что ни самимъ заинтересованнымъ лицомъ [2]), ни гг. Гриммомъ и Донецкимъ, говорившимъ противъ исключенія Мануйлова, вопросъ о смыслѣ выраженія, употребленнаго п. 2 ст. 18, не былъ поставленъ ребромъ. Центръ тяжести ихъ аргументаціи сводился къ тому, что увольненіе М. состоялось не въ нормальномъ порядкѣ, а безъ слѣдствія и суда и истребованія объясненій, т.-е. согласно п. 3 ст. 838 уст. служб. прав.; между тѣмъ, подобнаго рода увольненіе должностного лица, по мнѣнію ораторовъ, находится въ противорѣчіи съ положеніемъ М. какъ члена законодательной палаты, ибо если допустить возможность устраненія того или другого чиновника отъ должности ad nutum, то исчезаетъ та независимость, которая должна быть присуща каждому члену представительнаго учрежденія [3]).

Соображенія эти совершенно правильны, но только de lege ferenda. Дѣйствительно, зависимость народныхъ представителей отъ исполнительной власти и возможность устраненія ихъ односторонним волензъявленіемъ этой послѣдней отъ участія въ законодательной дѣятельности до извѣстной степени противорѣчитъ духу представительства и конституціоннаго строя. Тѣмъ не менѣе, однако, нѣкоторыя законодательства совершенно опредѣленно проводятъ противоположный принципъ. Такъ, напр., вюртембергская конституція требуетъ выбытія члена палаты изъ ея состава въ случаѣ утраты имъ, между прочимъ, той должности, которая

---

[1]) Ср. заявленія докладчика комиссіи Шмемана: «Мнѣ кажется, что вопросъ, который подлежитъ нашему обсужденію въ настоящемъ дѣлѣ, представляется довольно простымъ и разрѣшается вполнѣ правильно на основаніи дѣйствующаго закона». Стен. отч., loc. cit., 1172.

[2]) Представившимъ свои объясненія въ комиссіи, согласно стт. 17 и 23 наказа, въ засѣданіи 14 февраля 1911 г.

[3]) См. объясненія проф. М. въ комиссіи личнаго состава: «Законъ устанавливаетъ особыя личныя гарантіи для членовъ Госуд. Думы и Госуд. Совѣта, справедливо усматривая въ этомъ необходимое условіе независимости членовъ законодательныхъ установленій, безъ коей предоставленная имъ основными законами свобода сужденій (ст. 26 учр. Госуд. Совѣта) по вопросамъ, подлежащимъ ихъ разсмотрѣнію, получаетъ призрачное значеніе. Нѣтъ основаній предполагать, чтобы законодатель имѣлъ въ виду поставить въ этомъ отношеніи въ иныя условія профессоровъ, избранныхъ членами Госуд. Совѣта. Между тѣмъ, возможность увольненія ихъ въ административномъ порядкѣ ставитъ послѣднихъ, какъ членовъ законодательной палаты, въ полную зависимость отъ исполнительной власти». Болѣе подробное развитіе тѣхъ же мыслей въ рѣчи проф. Гримма, loc. cit., 1165 и слѣд.

Digitized by Google

служила ему титуломъ для занятія мѣста въ парламентѣ[1]), при чемъ совершенно безразлично, какимъ именно путемъ послѣдовало увольненіе отъ должности — добровольно или противъ желанія лица[2]). Такимъ образомъ, зависимость законодательнаго мандата отъ состоянія въ той или другой должности представляется, съ точки зрѣнія дѣйствующаго положительнаго права вполнѣ допустимымъ[3]) и сама по себѣ точка зрѣнія Госуд. Совѣта въ дѣлѣ Мануйлова не находилась бы въ противорѣчіи съ тѣми началами, на которыхъ построена наша представительная система и которые лежатъ въ основаніи служебныхъ отношеній[4]). Но зато она, какъ мы видѣли, совершенно несовмѣстима съ буквальнымъ смысломъ ст. 18. И этого вполнѣ достаточно, чтобы признать ее неправильной[5]).

Такимъ образомъ, только утрата имущественнаго ценза влечетъ за собою выбытіе депутата изъ состава Госуд. Думы и Государственнаго Совѣта. Отпаденіе прочихъ условій избираемости, поскольку они не упомянуты въ стт. 18 и 19, никакихъ послѣдствій имѣть не должно[6]). Иное рѣшеніе вопроса вело бы къ совершенно непріемлемымъ результатамъ, по крайней мѣрѣ, для нѣкоторыхъ видовъ ценза. Для проведенія же какого-либо различія между ними ни буквальный смыслъ упомянутыхъ статей, ни ихъ историческое происхожденіе не даютъ никакихъ основаній.

VI.

Переходимъ къ ст. 20. По существу, она представляетъ собою воспроизведеніе второй части ст. 58 земскаго положенія[7]), съ тѣмъ

---

[1]) § 158 по редакціи 1906 года: «Während dieses sechs jährigen Zeitraums erfolgt der Austritt eines Mitglieds der Ständeversammlung, ausser den Fällen des freiwilligen Entschlusses, des § 146 abs. 4 oder der gerichtlich erkannten Ausschliessung, nur dann, wenn das Mitglied 1) das Grundvermögen, den Stand oder das Amt, worauf seine Gefähigung bericht, zu besitzen aufhört».

[2]) См. Göz, op. cit., S. 316.

[3]) Нельзя не замѣтить, что о дѣйствительной независимости депутата, состоящаго на государственной службѣ, довольно трудно говорить, ср. выше.

[4]) Въ частности, относительно аргументаціи проф. Мануилова и Гримма слѣдуетъ сказать, что ихъ точка зрѣнія приводитъ къ признанію профессоровъ, состоящихъ членами Госуд. Совѣта, несмѣняемыми. Для этого, однако, требовалось бы положительное указаніе въ самомъ законѣ.

[5]) Намъ нѣтъ нужды останавливаться на приводимомъ въ защиту постановленія Госуд. Совѣта доводѣ о томъ, что профессоръ, уволенный отъ должности, теряетъ тотъ корпоративный цензъ, который давалъ ему право на мандатъ. Корпоративнаго представительства наше законодательство не знаетъ вовсе и, въ частности, россійскіе университеты вмѣстѣ съ Академіей Наукъ никакой корпораціи не составляютъ и составлять не могли бы. Ср. замѣчанія члена Госуд. Совѣта Шебеко, loc. cit.

[6]) Въ частности, что относилось бы и къ случаю перевода ординарнаго профессора въ другой университетъ на экстраординатуру.

[7]) Гласные, привлеченные къ судебной отвѣтственности за преступленія или проступки, о коихъ упоминается въ п. 3 ст. 27, устраняются изъ со-

Digitized by Google

только отличіемъ, что здѣсь говорится о лицахъ, «привлеченныхъ къ судебной отвѣтственности», а тамъ о «привлеченіи къ слѣдствію или суду». Точный смыслъ ст. 58, въ виду употребленнаго въ ней выраженія «привлеченныхъ къ судебной отвѣтственности», не вполнѣ соотвѣтствующаго принятой нашимъ законодателемъ терминологіи, представляется до извѣстной степени спорнымъ. Какъ неоднократно разъяснялось Сенатомъ, выраженіе это должно относиться какъ къ привлеченію къ слѣдствію, такъ и къ привлеченію къ суду, при чемъ подъ состоящими подъ слѣдствіемъ слѣдуетъ разумѣть такихъ лицъ, о которыхъ сдѣлано судебнымъ слѣдователемъ постановленіе о привлеченіи ихъ къ дѣлу въ качествѣ обвиняемыхъ[1]). Правильность такого рѣшенія вопроса, однако, можетъ быть подвергнута сомнѣнію, и когда въ 1906 году въ Саратовскомъ губернскомъ земскомъ собраніи возникъ вопросъ объ устраненіи гласныхъ Деларю, Ковалевскаго и Линтварева, была избрана особая редакціонная комиссія, которая обратилась къ проф. А. Д. Киселеву и Л. Я. Тауберу съ просьбой дать заключеніе по возбужденному дѣлу. Оба высказались въ томъ смыслѣ, что въ виду неопредѣленности выраженія «привлеченія къ судебной отвѣтственности», слѣдуетъ притти къ заключенію, что ст. 58 имѣетъ въ виду преданіе суду, а не привлеченіе къ слѣдствію [2]).

Тѣ трудности для толкованія, которыя представляетъ собою Земское положеніе, совершенно отсутствуютъ въ учр. Госуд. Думы. Ст. 20 категорически говоритъ о привлеченіи къ слѣдствію или суду, т.-е. употребляетъ именно тотъ терминъ, которымъ пользуется законодатель, когда имѣетъ въ виду возбужденіе уголовнаго дѣла[3]) и начальный моментъ процессуальнаго отношенія, влекущіе за собой временное устраненіе отъ должности. Казалось бы, поэтому, что для примѣненія ст. 20 вполнѣ достаточно состоявшагося постановленія слѣдственной власти о привлеченіи члена Думы къ дѣлу въ качествѣ обвиняемаго. Иначе, однако, взглянула на

става собранія впредь до окончанія возбужденнаго о нихъ судебнаго производства». Ср. абз. 2 ст. 59 город. полож.

[1]) См. указъ (по I Деп.) 1 марта 1910 г., № 3105, Кузнецовъ, названное сочин., VII, стран. 70 и слѣд. Относительно Город. полож. см. указы Сената, приведенные у Мыша, Городовое Положеніе, С.-Пб. 1910 г., страница 126.

[2]) См. «Право», 1906 г., стран. 4038 и слѣд.

[3]) Учрежд. суд. устан., ст. 295[1]: «судья, привлеченный къ слѣдствію или суду за неотносящееся къ службѣ преступленіе... можетъ быть временно устраненъ отъ должности, впредь до окончанія возбужденнаго о немъ дѣла». Ср. стт. 251, 588, 589, 591 уст. служб. гражд., т. III, и замѣчанія Таубера, «Право», loc. cit., 4038. О состояніи подъ слѣдствіемъ и судомъ говорятъ ст. 33 Город. полож., ст. 27 Земск. полож. и ст. 10 полож. о выб. въ Государственную Думу.

Digitized by Google

дѣло комиссія личнаго состава въ 1911 году[1]). На ея заключеніе были переданы сообщенія министра юстиціи о привлеченіи членовъ Думы: Кропотова, Иконникова и Блюменталя въ качествѣ обвиняемыхъ. По разсмотрѣніи дѣла, комиссія признала, что въ виду отсутствія въ уст. угол. судопр. выраженія «привлеченіе къ слѣдствію» въ качествѣ обвиняемаго, для наличности такого «привлеченія» или, какъ выражается уст. угол. судопр., «представленія къ слѣдствію», «состояніе подъ слѣдствіемъ», — недостаточно одного постановленія судебнаго слѣдователя о привлеченіи къ слѣдствію, а нужно совершеніе одного изъ дѣйствій, предусмотрѣнныхъ стт. 377, 396 и 399 устава, т.-е. призывъ или, въ подлежащихъ случаяхъ, приводъ обвиняемаго или же снятіе съ него допроса. По этимъ основаніямъ и принимая во вниманіе, что упомянутыя лица не были ни допрошены судебнымъ слѣдователемъ ни даже увѣдомлены о привлеченіи ихъ къ слѣдствію, комиссія представила Госуд. Думѣ объ оставленіи сообщеній министра юстиціи безъ послѣдствій. За закрытіемъ сессій, однако, доклады комиссіи обсужденію въ общемъ собраніи не успѣли подвергнуться, и, практически, возбужденный ими вопросъ разрѣшенія не получилъ. Своего теоретическаго значенія онъ отъ этого нисколько не утратилъ.

Не говоря уже о томъ, что заключенія комиссіи противорѣчатъ всей сенатской практикѣ по вопросу о смыслѣ ст. 58 Земскаго положенія и ст. 59 Город. положенія, слѣдуетъ замѣтить, что, по существу, оно представляется совершенно произвольнымъ. Правда, о привлеченіи къ слѣдствію и суду говорится въ учр. суд. уст., а не въ уст. угол. суд., но отъ этого смыслъ выраженія нисколько не мѣняется. Подъ нимъ наше процессуальное законодательство подразумѣваетъ начало слѣдственнаго производства — т.-е. постановленіе слѣдователя о начатіи дѣла при наличности одного изъ указанныхъ въ ст. 297 уст. угол. суд. поводовъ. При этомъ входящія въ составъ слѣдствія процессуальныя дѣйствія должны, какъ говоритъ И. Я. Фойницкій, «слѣдовать одно за другимъ силой закона, въ извѣстной постепенности: первое мѣсто принадлежитъ дѣйствіямъ объяснительнаго характера, т.-е. такимъ, которыя не направлены на личность обвиняемаго; таковы разспросы жалобщика, потерпѣвшаго осмотръ, освидѣтельствованія и т. п. Затѣмъ уже дѣлается допросъ обвиняемому, производятся очныя ставки и выдаются отъ имени судебнаго слѣдователя различныя

---

[1]) Доклады № 199 и прилож. къ стеногр. отч., сессія V, т. I, и № 262, ibid., т. II.

Digitized by Google

постановленія, насколько въ нихъ встрѣчается надобность»[1]). Такимъ образомъ, въ глазахъ закона, предварительное слѣдствіе представляетъ собой извѣстнаго рода единство, которое не можетъ быть разорвано на части, ибо прекращеніе его можетъ послѣдовать только по постановленію компетентной судебной инстанціи. Отсюда ясно, что привлеченіе къ слѣдствію имѣется налицо съ момента начала слѣдствія, т.-е. учиненія слѣдственной властью соотвѣтственнаго постановленія. Пріуроченіе же «привлеченія» къ какому иному процессуальному дѣйствію не имѣло бы никакой опоры въ дѣйствующемъ правѣ, такъ какъ порядокъ и преемственность отдѣльныхъ слѣдственныхъ дѣйствій, перечисленныхъ въ уставѣ угол. судопр., зависитъ исключительно отъ судебнаго слѣдователя, могущаго принять любую изъ дозволенныхъ мѣръ по своему усмотрѣнію[2]).

Но съ точки зрѣнія существа дѣла, воззрѣніе комиссіи не можетъ быть признано правильнымъ. По ея мнѣнію, устраненіе члена Думы, хотя и временное, на основаніи односторонняго постановленія судебнаго слѣдователя о предъявленіи ему обвиненія, оставляетъ его совершенно безъ защиты отъ возможныхъ ошибокъ и недоразумѣній, подвергая, такимъ образомъ, права народнаго представителя риску ихъ утратѣ по односторонней волѣ слѣдственной власти. Это соображеніе, однако, могло бы имѣть какой-либо вѣсъ и значеніе только въ томъ случаѣ, если Думѣ принадлежало бы право провѣрки по существу сообщеній судебной власти и установлять степень правильности обвиненія. Но, какъ мы сейчасъ увидимъ, ея роль въ данномъ отношеніи ограничивается разсмотрѣніемъ только формальной стороны дѣла.

VII.

Согласно ст. 21 учр. Госуд. Думы, членъ Думы признается выбывшимъ изъ ея состава, равно какъ временно устраняется отъ участія въ ея собраніяхъ.

Аналогичное постановленіе заключается какъ въ земскомъ[3]), такъ и въ городовомъ положеніяхъ, съ тѣмъ только отличіемъ, что въ томъ и другомъ не указано, отъ кого именно зависитъ признаніе гласнаго выбывшимъ или устраненнымъ изъ состава со-

---

[1]) «Курсъ уголовнаго судопроизводства», т. II, изд. 3-е, С.-Пб. 1910 г., стран. 379 и слѣд.

[2]) См. Розинъ, Уголовное судопроизводство, Томскъ, 1913 г., страница 415 и слѣд.

[3]) Ст. 58.

Digitized by Google

бранія. Въ 1908 году, однако, уголовнымъ кассаціоннымъ департаментомъ признано было, что устраненіе изъ земскаго собранія гласнаго, привлеченнаго къ уголовной отвѣтственности, принадлежитъ не административнымъ властямъ, сообщающимъ о привлеченіи гласнаго къ отвѣтственности, а земскому собранію, имѣющему потому несомнѣнное право удостовѣриться въ дѣйствительности такого привлеченія[1]). При выработкѣ учр. Госуд. Думы 6 августа 1905 года вышеуказанный пробѣлъ былъ пополненъ. Признаніе члена Думы утратившимъ это званіе и временное его устраненіе были поставлены въ зависимость отъ Сената (ст. 21). Но съ изданіемъ учрежденія 1906 года, предоставившаго Думѣ право провѣрки полномочій своихъ членовъ, оказалось невозможнымъ сохранить это правило, и ст. 21 въ нынѣ дѣйствующей редакціи ставитъ выбытіе депутата въ зависимость отъ постановленія той палаты, въ составъ которой онъ входитъ.

Такимъ образомъ, наше законодательство, слѣдуя примѣру большинства западно-европейскихъ государствъ, признаетъ, что утрата званія члена Думы (или временное устраненіе изъ ея состава) наступаетъ не ipso jure[2]), а въ силу соотвѣтственной резолюціи законодательнаго собранія[3]). Но разъ это такъ, то является вопросъ: свободны ли палаты при постановленіи подобныхъ рѣшеній? Могутъ ли онѣ устранить своего члена по усмотрѣнію, или же онѣ, въ данномъ случаѣ, чѣмъ-либо связаны? Другими словами, является ли устраненіе правомъ или обязанностью Госуд. Думы и Госуд. Совѣта?

Вопросъ этотъ разсматривался какъ въ первой[4]), такъ и во второй и третьей Думахъ. Онъ подвергся особенно подробному обсужденію по дѣлу деп. Колюбакина, противъ котораго возбуждено было обвиненіе въ преступленіи, предусмотрѣнномъ п. 3 ст. 129 угол. улож. Для разсмотрѣнія сообщенія министра юстиціи

---

[1]) Опред. отъ 18-го марта, Кузнецовъ, назв. соч., т. V, стран. 54 и слѣд. Само собою разумѣется, что рѣшеніе собранія можетъ быть опротестовано губернаторомъ на общемъ основаніи, см. опред. I Деп. отъ 26 октября 1898 г., у Мыша, назв. соч., стран. 160 и др.

[2]) На этой точкѣ зрѣнія стоитъ, напр., греческое законодательство, гдѣ въ случаѣ утраты депутатомъ избираемости правительство немедленно распоряжается о производствѣ новыхъ выборовъ, не выжидая постановленія палаты, см. Saripolos, Das Staatsrecht des Königr. Griechenland, Tüb., 1909, S. 58. Аналогичное положеніе вещей въ Ольденбургѣ, см. Schücking, Das Staatsrecht des Grossherz. Oldenburg, Tüb. 1911, S. 93.

[3]) Неправильно, поэтому, заявленіе, сдѣланное министромъ юстиціи въ засѣданіи Госуд. Думы 30 марта 1907 г.: «законъ, а не судебный слѣдователь устраняетъ, по моему мнѣнію, того или другого члена Госуд. Думы». Стен. отч., сессія II, т. I, стран. 1431. Устраняетъ депутата не законъ и не судебный слѣдователь, а сама Дума.

[4]) Дума при этомъ признала возможнымъ отказать въ устраненіи своего члена, стен. отч. 1906 г., стран. 889 и слѣд.

Digitized by Google

была образована особая комиссія изъ 11 лицъ, въ которую передано было вскорѣ за тѣмъ также и сообщеніе о привлеченіи къ отвѣтственности другого члена Думы, Косоротова. Въ своемъ докладѣ[1]) комиссія остановилась на общемъ вопросѣ о значеніи стт. 20 и 21 учр. Госуд. Думы и пришла къ заключенію, что когда рѣчь идетъ о временномъ устраненіи депутата, палата «не можетъ ограничиваться только формальною стороною дѣла»[2]). За симъ, уже послѣ того, какъ оба названныя лица были признаны судомъ виновными въ инкриминировавшихся имъ дѣяніяхъ и приговоры о нихъ вошли въ законную силу, комиссіи былъ переданъ на заключеніе вопросъ о признаніи Колюбакина и Косоротова выбывшими изъ состава Думы. Самый вопросъ поставленъ былъ комиссіей въ слѣдующей формулировкѣ: «Надлежитъ ли признать, что, на основаніи стт. 19 и 21 учр. Госуд. Думы, для членовъ Госуд. Думы К. и К. наступили обстоятельства, вслѣдствіе которыхъ Госуд. Дума должна признать ихъ выбывшими изъ ея состава»[3])? Оба доклада вызвали въ пленарномъ собраніи Думы оживленный обмѣнъ мнѣній, пролившій болѣе или менѣе яркій свѣтъ на возбужденные вопросы.

Прежде всего, имѣются ли достаточныя основанія для проведенія принципіальнаго различія между признаніемъ лица выбывшимъ изъ Думы и устраненіемъ его изъ ея состава? Возможно ли допустить, чтобы въ одномъ случаѣ Дума была обязана удалить своего члена, а въ другомъ имѣло на это лишь право?[4])

---

[1]) № 288, III 1.

[2]) Что касается частнаго вопроса объ устраненіи Колюбакина, то комиссія не вынесла окончательнаго постановленія, такъ какъ тѣмъ временемъ поступило сообщеніе, что К. признанъ по суду виновнымъ и приговоръ вступилъ въ законную силу. Что же касается Косоротова, то комиссія признала его подлежащимъ временному устраненію, съ каковымъ заключеніемъ соглашалась и Госуд. Дума въ засѣданіи 18 мая 1908 г., принявъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, формулу перехода къ очереднымъ дѣламъ, совпадающую съ заключеніемъ комиссій, см. стен. отч. 1908 г., т. III, страница 1020.

[3]) Докладъ № 41, III 2. Вопросъ былъ рѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ какъ комиссіей, такъ и общимъ собраніемъ Госуд. Думы (засѣданіе 27 апрѣля 1909 г., стен. отч., т. IV, стран. 2 и слѣд.).

[4]) На этой точкѣ зрѣнія стояли уже авторы объяснительной записки къ проекту правилъ о порядкѣ разсмотрѣнія вопросовъ, предусмотрѣнныхъ стт. 16 и 20 учр. Госуд. Думы, внесенной въ Думу комиссіей по наказу 2 іюня 1907 г. «Двукратное, — читаемъ мы здѣсь и въ ст. 21 учр. Госуд. Думы и въ ст. 21 полож. 6-го августа, — различіе, дѣлаемое закономъ между «устраненіемъ» и «признаніемъ выбывшимъ» или «признаніемъ утратившимъ званіе» въ то время, какъ было такъ легко и просто сказать: «признается временно устраненнымъ», показываетъ, что разница выраженій скрываетъ въ собой и разницу существа: въ то время, какъ первое — «выбытіе» — совершается ipso facto въ силу велѣнія закона, такъ что Думѣ остается лишь констатировать фактъ, — временное устраненіе совершается не въ силу велѣнія закона, а лишь въ силу велѣнія Думы. См. Маклаковъ и Пергаментъ, Наказъ Госуд. Думѣ, С.-Пб. 1907 г., стран. 44.

Digitized by Google

На эти вопросы, думается, можетъ быть данъ только отрицательный отвѣтъ. Оба выраженія, употребляемыя учр. Госуд. Думы, имѣютъ одинаковое содержаніе: оба они указываютъ на то, что дѣятельность депутата подлежитъ прекращенію, они, поэтому, не обозначаютъ различныхъ понятій, а представляютъ собой различные обороты рѣчи, которые съ успѣхомъ могли бы быть замѣнены другими, ибо ничего специфически-юридическаго въ нихъ не заключается. Такъ, дѣло нисколько не измѣнилось бы, если бы ст. 19, напр., гласила, что членъ Думы теряетъ свои полномочія въ такихъ-то и такихъ случаяхъ, а ст. 20 постановляла бы, что при наличности такихъ-то обстоятельствъ членъ Думы не допускается къ участію въ ея засѣданіяхъ и т. п. Не слѣдуетъ забывать, что обѣ статьи взяты изъ земскаго положенія, гдѣ оба выраженія имѣютъ одинаковый смыслъ и содержаніе[1]). Такимъ образомъ, если Дума вправѣ временно устранять своихъ членовъ, то одинаковыя по объему права она должна имѣть по отношенію къ признанію ихъ выбывшими: въ томъ и другомъ случаѣ съ ея стороны требуется постановленіе — внѣшнія же условія и форма, въ которой выносятся парламентскія резолюціи, всегда одни и тѣ же.

Можно ли, однако, говорить въ данномъ случаѣ о правѣ Думы? На эту точку зрѣнія, какъ мы видѣли, встала какъ комиссія, такъ и большинство общаго собранія третьей Думы, ее же поддерживаютъ почти всѣ толкователи нашего конституціоннаго права[2]). Аргументы, которые выставляются въ ея пользу, довольно разнообразны[3]). Одни изъ нихъ основываются на буквѣ закона, другіе исходятъ изъ общаго его духа. Къ числу первыхъ относится, прежде всего, ссылка на то, что въ стт. 20 и 21 употреблено настоящее время — «признается выбывшимъ», «устраняется». Отсюда заключаютъ, что рѣчь идетъ о правѣ Думы на устраненіе[4]). Однако,

---

[1]) Ср. замѣчанія министра юстиціи въ засѣданіи Госуд. Думы 19 мая 1908 г., стен. отч., т. III, спис. 980, а также рѣчи деп. Булата въ засѣданіи 27 апрѣля 1909 г., стен. отч., т. IV, стран. 32 и слѣд., и Капустина, ibid., стран. 97 и слѣд.

[2]) См., напр., Лазаревскій, назв. соч., т. I, стран. 522; Немановъ, Прецеденты третьей Думы, «Право», 1912 г., ст. 2019; Могилянскій, Къ вопросу объ исключеніи деп. Косоротова и Колюбакина изъ состава Государственной Думы, «Право», 1908 г., стран. 2016 и слѣд.; Елистратовъ, назв. соч., стран. 191. По мнѣнію этого автора, ст. 21 служитъ коррективомъ къ стт. 18—20, ибо «найти надлежащую границу для примѣненія постановленій о выбытіи и временномъ устраненіи членовъ Думы законъ предоставляетъ самой Думѣ».

[3]) Они сведены воедино въ докладѣ комиссіи по дѣлу Колюбакина. Послѣдовавшія по этому поводу пренія мало что прибавили къ приведеннымъ здѣсь доводамъ.

[4]) См. вышеупомянутую объяснительную записку, loc. cit., стран. 44 и слѣд.

Digitized by Google

сила этого довода крайне невелика и это признается и тѣми, которые, въ общемъ, стоятъ на точкѣ зрѣнія большинства Государственной Думы[1]). Законъ употребляетъ настоящее время и въ томъ случаѣ, когда несомнѣнно, что рѣчь идетъ объ обязанности (напримѣръ, стт. 1 и 2 учр. Госуд. Думы), и тогда, когда дѣло сводится къ праву того или другого лица (напр., ст. 37 того же учр.). Изъ буквы спорныхъ статей, поэтому, никакихъ выводовъ сдѣлать нельзя. Не бо́льшее значеніе имѣетъ ссылка на ст. 14 учр. Государственной Думы, согласно коей члены Госуд. Думы пользуются полною свободою сужденій и мнѣній по дѣламъ, подлежащимъ вѣдѣнію Думы. Отсюда выводятъ, «что нѣтъ ни фактическихъ, ни юридическихъ способовъ обезпечить подачу большинства голосовъ въ пользу или противъ временнаго устраненія даннаго лица, привлеченнаго къ слѣдствію или суду, не посягая тѣмъ самымъ на признаваемую закономъ свободу мнѣнія каждаго члена Госуд. Думы». Въ нѣсколько иной формѣ ту же мысль высказываетъ Лазаревскій, утверждая, что верховнымъ органамъ государства, въ томъ числѣ и палатамъ парламента, вообще нельзя приказывать и что разъ постановленія принимаются по большинству голосовъ, то нельзя приказать голосамъ дѣлиться такъ, чтобы большинство было непремѣнно въ пользу устраненія[2]).

Это воззрѣніе имѣетъ своимъ источникомъ совершенно неправильную оцѣнку юридической стороны дѣятельности палатъ при устраненіи ими своихъ членовъ[3]). Такъ же какъ и при повѣркѣ полномочій, парламентъ осуществляетъ не законодательную, а юрисдикціонную функцію[4]). Онъ не творитъ права, а его примѣняетъ, констатируетъ наличность извѣстнаго правового состоянія и установляетъ право лица на дальнѣйшее пребываніе въ его со-

---

[1]) Такъ, напр., Лазаревскій, назв. соч., т. I, стран. 522, совершенно вѣрно указываетъ на то, что настоящее время одинаково можетъ толковаться и въ смыслѣ предоставленія какого-либо права, и въ смыслѣ повелѣнія. Подробный анализъ терминологической стороны встрѣчаемъ въ рѣчахъ деп. Соколова 2, стен. отч. 1908 г., т. III, стран. 901 и слѣд.; Замысловскаго, ibid., стран. 918 и слѣд.; министра юстиціи, ibid., стран. 907 и слѣд. и др.

[2]) Назв. соч., т. I, стран. 522.

[3]) Въ засѣданіи 16 мая 1908 г. докладчикомъ комиссіи, бар. Мейендорфомъ былъ нѣсколько смягченъ тезисъ о зависимости свободнаго усмотрѣнія Думы при примѣненіи ст. 20 отъ принципа свободы сужденій, см. стен. отч., т. III, стран. 926. Аргументація оратора, однако, не отличается той ясностью, которая, обычно, свойственна бар. М.

[4]) Ср. рѣчь министра юстиціи въ засѣданіи 16 мая 1908 г., стен. отч., loc. cit., стран. 908, и противопоставленіе дѣламъ законодательнымъ дѣлъ «распорядительныхъ». Этотъ послѣдній терминъ, конечно, неудаченъ, ибо юрисдикціонный актъ не есть актъ распорядительный, alias административный, но самое выдѣленіе «распорядительныхъ» дѣлъ, съ признаніемъ ихъ подзаконными, совершенно правильно.

Digitized by Google

ставѣ[1]). Нужды нѣтъ, что отсутствуетъ элементъ спорности, пререканія о правѣ — юрисдикція заключается не только въ разрѣшеніи споровъ, но и въ констатированіи извѣстнаго правового состоянія[2]). Въ тѣхъ же случаяхъ, когда въ Думу поступаютъ сообщенія компетентной власти о состоявшемся приговорѣ, утратѣ ценза или подданства, о привлеченіи къ слѣдствію и суду, наступленіи несостоятельности и т. п., Думѣ вовсе не предлагается вопроса о томъ, насколько эти обстоятельства, сами по себѣ, гармонируютъ съ положеніемъ народнаго представителя, а лишь о томъ, насколько они, въ данномъ конкретномъ случаѣ, имѣются налицо. Утратилъ ли *X* имущественный цензъ? Подвергся ли онъ приговору, лишающему его права засѣдать въ законодательной палатѣ? Привлеченъ ли онъ къ слѣдствію или суду? — вотъ тѣ вопросы, на которые Дума должна отвѣтить. Въ случаѣ утвердительнаго отвѣта, *X* подлежитъ либо исключенію изъ состава собранія, либо временному устраненію; если же отвѣтъ отрицателенъ, *X* сохраняетъ свой status.

Само собою разумѣется, что при голосованіи каждый депутатъ воленъ руководствоваться любыми соображеніями и поступать такъ, какъ ему заблагоразсудится. Но это вытекаетъ изъ существа дѣла, а вовсе не изъ ст. 14; послѣдняя либо узаконяетъ привиллегію безотвѣтственности, что, какъ извѣстно, Сенатомъ отрицается[3]), либо лишена всякаго юридическаго содержанія. Въ первомъ случаѣ постановленіе о полной свободѣ сужденій и мнѣній означаетъ, что за словесные деликты, совершаемые съ думской трибуны, депутаты не подлежатъ ни уголовной, ни гражданской отвѣтственности. Но изъ этого нисколько не вытекаетъ, чтобы всякое рѣшеніе, принятое Думой какъ таковой, являлось законнымъ. Хотя у парламента и нѣтъ «начальства»[4]), все же границы его дѣятельности устанавливаются правомъ, а не его усмотрѣніемъ. Фактически, напр., Дума имѣла бы возможность приступить къ пересмотру основныхъ законовъ и путемъ «свободныхъ» голосованій постановить объ измѣненіи всѣхъ или нѣкоторыхъ статей: — но кто же

[1]) Парламентъ совершаетъ тутъ актъ объективной юрисдикціи, см., напримѣръ, Duguit, op. cit., II, 270 et suiv.

[2]) См., напр., Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien, 1886, S. 62; Duguit, op. cit., I, 266: «Il y a encore juridiction objective quand la question posée au juge est celle de savoir si ont été accomplis les faits ou les actes qui sont les conditions de la naissance d'une situations legale ou objective au profit d'une personne déterminée et que le rôle du juge consiste à reconnaitre ou à refuser de reconnaitre à celle-ci cette situation légale».

[3]) Рѣшеніе общаго собранія I и Кассаціоннаго департаментовъ отъ 15 октября 1912 г.

[4]) Выраженіе Н. И. Лазаревскаго, назв. соч., т. I, стран. 509: «Дума есть учрежденіе верховное, начальства надъ собою не имѣющее».

Digitized by Google

назоветъ такое ея дѣйствіе законом*ѣ*рнымъ? И кто же усомнится въ томъ, что Думой, въ данномъ случаѣ, совершено формальное нарушеніе права?

Съ интереснымъ прецедентомъ мы встрѣчаемся въ практикѣ французскаго парламента. Въ 1906 году комиссія палаты депутатовъ, ознакомившись съ сообщеннымъ правительствомъ дѣлопроизводствомъ относительно депутатовъ Деруледа и Габера, приговоренныхъ верховнымъ судомъ къ изгнанію (bannissement), предложила палатѣ принять приговоръ суда къ свѣдѣнію, а названныхъ лицъ признать выбывшими изъ ея состава[1]). Нѣкоторыми депутатами по этому поводу было высказано мнѣніе, что палата вправѣ войти въ разсмотрѣніе вопроса по существу и вольна согласиться или не согласиться на исключеніе своего члена по усмотрѣнію. Противъ этой точки зрѣнія энергично возсталъ докладчикъ, указавшій на то, что предѣломъ суверенитета парламента служитъ законъ, передъ которымъ онъ долженъ преклониться[2]). Палата съ этимъ взглядомъ согласилась и подавляющимъ большинствомъ голосовъ приняла предложеніе комиссіи.

Такимъ образомъ, при современномъ строѣ, законодательныя палаты обязаны исполнять то, что предписываетъ имъ законъ если онѣ этого не дѣлаютъ, то поступаютъ неправомѣрно, съ нарушеніемъ лежащихъ на нихъ обязанностей. И то обстоятельство, что всякій депутатъ голосуетъ свободно и по убѣжденію, рѣшительно ничего не мѣняетъ, ибо рѣчь идетъ не о томъ, кто какъ и почему голосовалъ, а на что онъ давалъ отвѣтъ и какіе именно вопросы были поставлены на его разрѣшеніе. Практически, все дѣло, такимъ образомъ, сводится къ тому, что предметомъ обсужденія парламента должна быть только формальная сторона вопроса: не степень вѣроятности обвиненія, не большая или меньшая презумпція виновности депутата и т. п., а исключительно вопросъ о томъ, насколько въ данномъ случаѣ имѣется налицо то обстоятельство или тѣ обстоятельства, съ которыми законъ связываетъ наступленіе опредѣленныхъ послѣдствій[3]). Правильность же по-

---

[1]) «La commission à la majorité; — considérant que les pièces justificatives de la condamnation sont régulières; — que la condamnation est définitive; — qu'aux termes des art. 15 et 28 du décret du 2 février 1852, elle entraine la déchéance de la qualité de membre de la Chambre des députés; — propose à la Chambre de prendre acte de la condamnation».

[2]) «Mais ce n'est pas une conception démocratique que celle d'un parlement absolument souverain, dont la souveraineté ne serait pas règlée et limitée par le respect de la loi, et qui se reconnaîtrait à lui-même le droit de violer, dans l'intérêt ou au détriment de quelques-uns de ses membres, la loi qu'il aura faite». Pierre, op. cit., № 319.

[3]) Ср. Duguit, op. cit., II, 271: «A notre avis il n'est pas douteux qu'une chambre ne peut pas ne pas prononcer la déchéance d'un de ces membres de-

Digitized by Google

становки вопросовъ и забота о томъ, чтобы пренія сосредоточивались на формальныхъ моментахъ, не уклонялись въ сторону, зависитъ отъ предсѣдателя, который обязанъ стоять на стражѣ закономѣрности дѣйствій парламента и его отдѣльныхъ членовъ.

VIII.

Прочіе аргументы комиссіи Госуд. Думы касаются исключительно ст. 20, т.-е. временнаго устраненія депутата въ случаѣ привлеченія его къ слѣдствію или суду[1]).

По мнѣнію комиссіи, временное удаленіе, помимо правъ устраняемаго, затрогиваетъ четыре группы интересовъ, а именно: 1) интересы правительства; 2) интересы органовъ правосудія и частныхъ лицъ; 3) права и интересы членовъ Госуд. Думы и 4) интересы Госуд. Думы, какъ учрежденія.

Что касается первой группы, то, по мнѣнію комиссіи, хотя правительство, а быть можетъ и вся страна заинтересованы въ томъ, чтобы лицо, обвиняемое и привлеченное къ суду, не могло въ теченіе болѣе или менѣе продолжительнаго періода времени являться глашатаемъ государственной мысли въ роли народнаго представителя съ высоты парламентской трибуны, тѣмъ не менѣе, въ зависимости отъ положенія во мнѣніи страны, съ одной стороны, правительства, съ другой же — Госуд. Думы, наконецъ, и въ связи съ личными свойствами и думскаго состава и обвиняемаго, возможны различныя по степени и по свойству осложненія. политическаго характера. Если законодатель исходилъ изъ предположенія, что подобныя осложненія являются всегда и при всѣхъ условіяхъ безусловно нежелательными, и что, поэтому, привлеченные къ слѣдствію и суду должны быть устранены отъ участія въ засѣданіяхъ Госуд. Думы, то соотвѣтствующее правило должно было найти себѣ ясное выраженіе въ подлежащихъ законахъ, но такого правила... въ законѣ нѣтъ». Отсюда выводъ, что оцѣнка интересовъ данной категоріи составляетъ задачу свободнаго мнѣнія Думы.

---

venu inéligible, comme elle ne peut pas déclarer admis un élu dont l'inéligibilité est reconnue. Sans doute si elle fait l'une ou l'autre de ces deux choses, il n'y a pas de recours contre la décision qui recevra son application; mais cela n'est pas une preuve que la chambre puisse légalement agir ainsi. Chaque chambre, l'organe législatif lui-meme est lié par la loi, tant que la loi existe, etc.».

[1]) Слѣдуетъ замѣтить, что разномысліе вызвало именно временное устраненіе, а не признаніе депутата выбывшимъ. Повидимому какъ въ Думѣ, такъ и въ литературѣ склонны, въ общемъ, признавать, что палата, въ данномъ случаѣ, не должна касаться существа дѣла, см. пренія, имѣвшія мѣсто въ Думѣ 27 апрѣля 1909 г. по поводу признанія деп. Колюбакина и Косоротова выбывшими изъ ея состава.

Digitized by Google

Несостоятельность этого аргумента очевидна. Не говоря уже о томъ, что если парламентъ, какъ учрежденіе, еще не можетъ быть названъ глашатаемъ государственной мысли, то отдѣльные депутаты являются выразителями только своихъ собственныхъ мыслей, предположеніе комиссіи о намѣреніяхъ законодателя ни на чемъ не основано. На самомъ дѣлѣ, одно изъ двухъ: или законъ считаетъ пребываніе лица, находящагося подъ судомъ, допустимымъ въ средѣ парламента, или нѣтъ. Текстъ ст. 20 не оставляетъ сомнѣній въ томъ, что онъ вопросъ разрѣшаетъ въ смыслѣ второй альтернативы. Если же онъ имѣлъ бы въ виду предоставить палатѣ самой рѣшать вопросъ о допустимости или недопустимости такого пребыванія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, то онъ долженъ былъ бы прямо указать, что членъ Думы можетъ быть исключенъ. Соображеніе комиссіи, такимъ образомъ, должно быть помножено на —1.

Въ тѣсной связи съ этимъ аргументомъ находится другой, опирающійся на интересы самихъ членовъ палатъ. Временное устраненіе отъ участія въ собраніяхъ Думы составляетъ, говоритъ комиссія, правопораженіе; какъ таковое, оно можетъ быть допущено только въ точно указанныхъ закономъ случаяхъ, а нормы, его регулирующія, подлежатъ ограничительному толкованію. Само по себѣ это совершенно вѣрно, и мы уже имѣли случай подчеркнуть недопустимость распространительнаго толкованія стт. 18—20; но въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ вовсе не о томъ или другомъ толкованіи содержанія этихъ статей, а о выясненіи смысла выраженія «временно устраняется», и совершенно непонятно, почему рестриктивная интерпретація правилъ, касающихся правопораженій, должна привести къ тому, что Дума можетъ, а не должна исключать въ извѣстныхъ случаяхъ своихъ членовъ: — вѣдь вопросъ объ исключеніи носитъ не матеріально-правовой, а чисто формальный характеръ, и то, что относится къ существу постановленій упомянутыхъ статей, его можетъ и не касаться вовсе[1]).

Третью группу интересовъ составляютъ интересы Госуд. Думы, какъ цѣлаго. По мнѣнію комиссіи, эти интересы находятся въ тѣсной связи съ устраненіемъ членовъ ея отъ участія въ засѣданіяхъ. Съ этимъ, конечно, спорить не приходится. Но аргументъ имѣетъ исключительно политическое значеніе, онъ годенъ съ точки зрѣнія lex ferenda, но не de lege lata. Ибо, какъ можно доказать, что законодатель, установляя правило ст. 20, имѣлъ въ виду именно

---

[1]) У самой комиссіи, впрочемъ, были сомнѣнія въ правильности ея аргументаціи, см. стран. 7 ея доклада.

Digitized by Google

интересы Думы, а не интересы правосудія съ которыми они въ данномъ случаѣ легко могутъ столкнуться?

На самомъ дѣлѣ, по мнѣнію самой комиссіи, интересы правосудія какъ разъ заключаются въ возможно быстромъ разсмотрѣніи возникшихъ дѣлъ. Между тѣмъ, временное устраненіе члена Думы являлось бы однимъ изъ условій судебнаго разбирательства, если бы слѣдственныя и судебныя власти въ отношеніи устраненнаго вооружались тѣмъ самымъ всѣми полномочіями и гарантіями, которыя обезпечиваютъ болѣе или менѣе незамедлительное движеніе дѣла. Но, продолжаетъ комиссія, такъ какъ, согласно ст. 16 учр. Госуд. Думы, лишеніе члена Думы свободы поставлено въ зависимость отъ согласія палаты, то отсюда слѣдуетъ, что законъ не придаетъ интересамъ правосудія безусловнаго и рѣшающаго значенія, и что оцѣнка этихъ интересовъ принадлежитъ свободному усмотрѣнію самой Думы.

Въ этой аргументаціи, однако, скрывается двойная ошибка. Съ одной стороны, непонятно, почему участіе обвиняемаго въ засѣданіяхъ палаты, само по себѣ, является тормазомъ для оправданія. Слѣдственныя и иныя дѣйствія благодаря этому не прекращаются, а если въ то время, когда обвиняемый не у судебнаго слѣдователя или на судѣ, онъ исполняетъ свои функціи народнаго представителя, то въ какомъ отношеніи могутъ отъ этого пострадать интересы юстиціи? Другое дѣло, тѣ процессуальныя гарантіи, которыя повсюду предоставляются членамъ представительныхъ учрежденій и обнимаются понятіемъ неприкосновенности: эти гарантіи, дѣйствительно, въ большей или меньшей степени служатъ препятствіемъ для нормальнаго отправленія правосудія и благодаря имъ интересамъ законодательнаго собранія приносятся въ жертву интересы суда. Но неприкосновенность и временное устраненіе депутата не имѣютъ между собою ничего общаго; это два совершенно различныхъ института, лежащихъ въ различныхъ плоскостяхъ и преслѣдующихъ различныя цѣли. Основная ошибка думской комиссіи, а также всѣхъ тѣхъ, которые отстаиваютъ факультативность правила ст. 20, и заключается какъ разъ въ приравненіи временнаго исключенія къ неприкосновенности[1]). Красною нитью черезъ всю нашу литературу[2]), а также черезъ всѣ парла-

---

[1]) См., напр., Могилянскій, Неприкосновенность депутатовъ, «Право», 1908 г., стран. 1319 и слѣд.; Немановъ, ibid., 1912 г., стран. 2020; Лазаревскій, назв. соч., т. I, стран. 521.

[2]) См., напр., для второй Думы, стен. отч., 1907 г., сессія II, т. I, стран. 1418 и слѣд., 1433 и слѣд.; для третьей — засѣданія 16 мая и 19 мая 1908 г., въ особенности рѣчи бар. Мейендорфа (стен. отч., т. III, стран. 926); Аджемова (ibid., стран. 988) и др.

Digitized by Google

ментскія пренія проходитъ мысль о томъ, что временное удаленіе есть своеобразная модальность неприкосновенности. Удаленіе совершенно приравнивается разрѣшенію на лишеніе свободы и часто даже именуется «выдачей» депутата правительству. А такъ какъ въ случаѣ предъявленія судебною властью ходатайства о взятіи подозрѣваемаго подъ стражу палаты въ правѣ это ходатайство удовлетворить или отклонить по усмотрѣнію, то вполнѣ естественно стремленіе дать вопросу о временномъ устраненіи аналогичное разрѣшеніе. Отправная точка зрѣнія здѣсь, однако, совершенно неправильна. Не говоря уже о томъ, что постановленіе ст. 20 взято изъ земскаго положенія, которому, само собою разумѣется совершенно чуждъ парламентскій иммунитетъ, различіе между обоими институтами касается существа дѣла. На самомъ дѣлѣ, неприкосновенность заключается въ томъ, что безъ соотвѣтственнаго разрѣшенія парламента не можетъ быть начато преслѣдованіе противъ депутата или, по другой системѣ, принятой въ нѣкоторыхъ парламентскихъ государствахъ, а также и у насъ, къ нему не могутъ быть приняты тѣ мѣры пресѣченія, которыя состоятъ въ лишеніи (или ограниченіи) свободы. Цѣль института — огражденіе народныхъ представителей отъ тенденціозныхъ преслѣдованій, съ одной стороны, и обезпеченіе парламенту правильнаго отправленія лежащихъ на немъ обязанностей, съ другой[1]). Но дача разрѣшенія на преслѣдованіе, сама по себѣ, не вліяетъ на положеніе депутата въ парламентѣ[2]). По мѣрѣ фактической возможности, членъ палаты продолжаетъ участвовать въ ея жизни, посѣщать засѣданія, голосовать и т. п. Совершенно иное дѣло — временное устраненіе ст. 20. Здѣсь никакой гарантіи никому не дается — ни парламенту или его отдѣльнымъ членамъ, ни самой судебной власти, и если можно говорить о привилегіи, то только въ смыслѣ privilegium odiosum. Остріе постановленія направлено не противъ исполнительной власти, а противъ законодательной палаты. И тогда какъ неприкосновенность имѣетъ цѣлью предохранить депутата, до окончанія сессіи, отъ судебнаго преслѣдованія и обезпечить ему возможность спокойнаго отправленія своихъ обязанностей, ст. 20, напротивъ того, влечетъ за собой прекращеніе дѣятельности народнаго представителя и разрывъ связи его съ Думой.

IX.

Итакъ, съ юридической точки зрѣнія вопросъ о роли Думы въ случаѣ наступленія одного изъ обстоятельствъ, предусмотрѣн-

[1]) См. Шалландъ, назв. соч., т. II, разд. III.

[2]) Иначе, конечно, обстоитъ дѣло тогда, когда дается разрѣшеніе на взятіе подъ стражу.

Digitized by Google

ныхъ стт. 18—20, подлежитъ разрѣшенію въ совершенно опредѣленномъ смыслѣ: Дума обязана вынести соотвѣтственное постановленіе, но по предварительной провѣркѣ того, насколько дѣйствительно налицо имѣется одно изъ этихъ обстоятельствъ. И даже въ этихъ предѣлахъ дискреціонныя полномочія палаты представляются весьма широкими.

На самомъ дѣлѣ, въ громадномъ большинствѣ случаевъ Думѣ придется не просто констатировать тотъ или другой конкретный фактъ, а войти въ юридическій анализъ данныхъ отношеній, и вмѣстѣ съ тѣмъ, путемъ толкованія, вскрыть содержаніе отдѣльныхъ пунктовъ упомянутыхъ статей. Какъ мы видѣли, это далеко не столь простая задача, какъ это можетъ показаться съ перваго взгляда, и по многимъ вопросамъ — хотя бы, напр., при установленіи значенія термина «цензъ, дающій право на участіе въ выборахъ» — возможны и, дѣйствительно, существуютъ различныя мнѣнія. При толкованіи статей своего учрежденія Дума совершенно свободна; всякаго рода разъясненія Сената или иныхъ мѣстъ имѣютъ для нея значеніе только imperio rationis, но отнюдь не обязательны[1]).

Такимъ образомъ, и оставаясь въ предѣлахъ чисто-формальнаго отношенія къ предложеннымъ ей вопросамъ, Думѣ все же приходится не просто регистрировать и принимать къ свѣдѣнію соображенія подлежащихъ властей, а входить въ разсмотрѣніе дѣла и заниматься подчасъ весьма сложнымъ юридическимъ анализомъ. Поскольку рѣчь идетъ о признаніи депутата выбывшимъ вслѣдствіе утраты имъ условій избираемости, самый принципъ возраженій не вызываетъ. Но иное дѣло — временное исключеніе, согласно ст. 20.

Содержащееся здѣсь постановленіе не находитъ себѣ аналогіи ни въ одномъ западно-европейскомъ законодательствѣ. И это вполнѣ понятно. Попало оно въ учр. Госуд. Думы изъ Земскаго положенія и совершенно не гармонируетъ съ тѣми началами, которыми во всѣхъ конституціонныхъ странахъ опредѣляютъ положеніе народныхъ представителей. Если наличность его въ первоисточникѣ и можетъ себѣ найти нѣкоторое оправданіе въ общемъ взглядѣ законодателя на гласныхъ земскихъ собраній и городскихъ думъ, какъ на полу-должностныхъ лицъ, то по отношенію къ представительному учрежденію съ законодательными функціями оно совершенно неумѣстно. Противъ него говорятъ, прежде всего, всѣ

[1]) Исключеніе представляютъ тѣ случаи, гдѣ по данному, конкретному дѣлу, находящемуся на разсмотрѣніи Думы, состоялось рѣшеніе суда, напр., опредѣленъ status лица, его подданство и т. п. Такъ какъ Дума не является ревизіонной инстанціей, для нея подобныя рѣшенія имѣютъ силу и значеніе res judicata.

Digitized by Google

тѣ соображенія, которыя могутъ быть приведены въ пользу неприкосновенности. Обязанность Думы устранять тѣхъ изъ своихъ членовъ, къ коимъ предъявлено уголовное обвиненіе, можетъ легко послужить для исполнительной власти средствомъ борьбы съ представителями оппозиціонныхъ фракцій и группъ. Опасность тенденціозныхъ, необоснованныхъ обвиненій здѣсь весьма реальна. Нельзя забывать, что депутаты находятся въ центрѣ политической борьбы, на боевомъ и передовомъ посту и что самый родъ ихъ дѣятельности болѣе, чѣмъ какой-либо иной, способенъ вызвать противъ нихъ вмѣшательство судебной власти. Можно безъ преувеличенія сказать, что весьма значительная часть нашихъ представителей постоянно находится подъ Дамокловымъ мечемъ 129-й и аналогичныхъ статей угол. улож. А какъ легко и соблазнительно политическому противнику зажать ротъ путемъ предъявленія къ нему уголовнаго обвиненія! Пусть затѣмъ судъ его и оправдаетъ, все равно, дѣло сдѣлано, и на время неугодный правящимъ сферамъ голосъ вынужденъ былъ умолкнуть.

Такимъ образомъ, институтъ временнаго исключенія легко можетъ превратиться въ боевое политическое орудіе; вмѣстѣ съ тѣмъ онъ, съ точки зрѣнія интересовъ правосудія, а также и народнаго представительства, представляется совершенно безцѣльнымъ и безполезнымъ. Какъ мы уже упоминали, на производствѣ уголовныхъ дѣлъ, возбужденныхъ противъ депутатовъ, посѣщеніе или непосѣщеніе этими послѣдними думскихъ засѣданій нисколько не отражается; слѣдственныя и иныя дѣйствія могутъ быть совершаемы независимо отъ участія обвиняемаго въ работахъ палаты, а взятіе подъ стражу, все равно, зависитъ отъ разрѣшенія законодательнаго собранія. Исключеніе изъ состава палаты ничего не прибавляетъ къ тѣмъ средствамъ, которыми располагаетъ судебная власть для раскрытія истины; зато оно можетъ лишить парламентъ безъ всякой нужды дѣльнаго и цѣннаго сотрудника. Не слѣдуетъ забывать, что налицо всегда имѣется возможность необоснованнаго обвиненія: по окончаніи дѣла, въ такомъ случаѣ, депутатъ возвращается въ лоно палатъ, но, спрашивается, зачѣмъ же нужно было его отрывать отъ работы въ теченіе, подчасъ, весьма продолжительнаго времени?[1]). Этого отнюдь не требуетъ достоинство Думы, какъ законодательнаго учрежденія, ибо опорочиваетъ обвинительный приговоръ, а не возбужденіе преслѣдованія. И если

[1]) Въ практикѣ Госуд. Совѣта было два случая устраненія членовъ вслѣдствіе возбужденнаго противъ нихъ преслѣдованія — въ обоихъ случаяхъ дѣла окончились оправданіемъ и обвиняемые были возстановлены въ своемъ званіи. Стен. отч., сессія II, стран. 179 и слѣд. и сессія IV, стран. 22 и слѣд.

Digitized by Google

должностныя лица могутъ, находясь подъ судомъ, все же оставаться на службѣ, то непонятно, почему народные представители непремѣнно должны быть отстранены отъ несенія лежащихъ на нихъ обязанностей[1]). Къ тому же, на практикѣ, громадное большинство обвиненій, предъявляемыхъ народнымъ представителямъ, носитъ политическій характеръ, т.-е относится къ такимъ дѣяніямъ, которыя — à tort ou à raison — въ глазахъ общественнаго мнѣнія не являются дискредитирующими и позорящими виновнаго. Въ случаѣ же предъявленія иного рода обвиненія (напр., въ убійствѣ съ корыстной цѣлью, въ кражѣ и т. п.) можно быть почти увѣреннымъ въ томъ, что фракція или группа, въ составъ которой входитъ данный депутатъ, потребуетъ отъ него добровольнаго сложенія полномочій.

Итакъ, ст. 20 учр. Госуд. Думы представляется безполезной и вредной. Всѣ усилія должны быть направлены не на парализованіе ея дѣйствія путемъ толкованія[2]), а на полную отмѣну ея[3]). Съ этой точки зрѣнія нельзя не пожалѣть, что редакціонный комитетъ уголовнаго отдѣленія С.-Петербургскаго юридическаго общества при выработкѣ законопроекта объ огражденіи свободы сужденій и мнѣній членовъ Госуд. Совѣта и Госуд. Думы и о порядкѣ отвѣтственности ихъ за преступныя дѣянія, сопряженныя съ нарушеніемъ обязанностей ихъ званія[4]), не воспользовался случаемъ для того, чтобы пересмотрѣть и вопросъ о временномъ устраненіи депутатовъ.

Л. Шалландъ.

---

[1]) Ср. совершенно правильныя замѣчанія деп. Маклакова въ засѣданіи Думы 19 мая 1908 г., стен. отч., т. III, стран. 952: «Когда намъ говорятъ, что онъ (институтъ временнаго устраненія) существуетъ для того, чтобы помочь правосудію — это невѣрно. Правосудію онъ не помогаетъ, правосудію онъ не нуженъ, правосудіе вооружено другими средствами и другими статьями».

[2]) Съ политической точки зрѣнія предоставленіе Думѣ права устранять или неустранять, по усмотрѣнію, депутата, противъ котораго возбуждено преслѣдованіе, представляется весьма опаснымъ. Не говоря уже о возможности сведенія на этой почвѣ партійныхъ счетовъ, сочувствовать этому нельзя еще и потому, что думское постановленіе въ глазахъ общественнаго мнѣнія всегда будетъ носить характеръ рѣшенія дѣла по существу. И дѣйствительно, если палатамъ предоставить право взвѣшивать степень вѣроятности совершенія инкриминируемаго дѣла, то, до извѣстной степени, парламенту будетъ навязана роль судьи.

[3]) Это относится также и къ п. 2 ст. 20, касающемуся несостоятельности, ибо до выясненія характера послѣдней нѣтъ никакихъ основаній подвергать депутата остракизму.

[4]) Текстъ см. у Люблинскаго, Конституціонная или административная гарантія. Яр. 1913 г., прил. II, стран. 102 и слѣд.

Digitized by Google

Понятіе должностного преступленія.

I.

Съ перваго взгляда можетъ казаться, что дать опредѣленіе должностному преступленію не представляетъ особой трудности. Должностное преступленіе — это преступленіе, учиненное должностнымъ лицомъ[1]). Такое опредѣленіе, дѣйствительно, въ теченіе довольно продолжительнаго времени было ходячимъ. Если развернуть учебники и руководства по уголовному праву, особенно первой половины прошлаго столѣтія, то можно убѣдиться, что господствующей системой при распредѣленіи матеріала особенной части уголовнаго права являлось дѣленіе преступныхъ дѣяній на общія и особенныя. Дѣленіе это, введенное впервые Meister-омъ[2]), было принято затѣмъ многими позднѣйшими авторами и усвоено положительнымъ законодательствомъ. О «delicta communia», учиненіе которыхъ доступно каждому, и «delicta propria», доступныхъ только должностнымъ лицамъ, въ силу лежащихъ на нихъ особыхъ обязанностей, кромѣ Meister'a, говорятъ также Koch[3]), Klein[4]), Grollmann[5]), Salchow[6]), Rosshirt[7]), Feuerbach[8]), Henke[9]) и другіе. Соотвѣтственно такому воззрѣнію на должностныя преступленія, въ трудахъ названныхъ авторовъ имѣются отдѣлы объ особенныхъ преступныхъ дѣяніяхъ («Von besonderen Verbrechen»); въ этихъ

---

[1]) H. Seuffert (Wörterbuch d. deutschen Verwaltungssrechts v. K. Freiherrn v. Stenglein) опредѣляетъ долж. преступленія, какъ «solche Handlungen, welche nur mit Rücksicht auf die Beamtenqualität des Handelnden strafbar oder mit Rücksicht auf diese Qualität höher strafbar sind». B. I, S. 47.

[2]) «Principia juris criminalis Germaniae communis», 1828 г.

[3]) «Institutiones juris criminalis», lib. II, c. LIV.

[4]) Klein, Grundsätze d. peinl. Rechts, 1796 г. § 527.

[5]) Grollmann, Grundsätze d. Criminalrechtswissenschaft, 4. Aufl. 1825 г. § 359.

[6]) Salchow, Lehrbuch d. gem. in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 3. Aufl. 1823 г. § 526.

[7]) Rosshirt, Geschichte u. System, III, стран. 188 и слѣд.

[8]) Feuerbach, Lehrbuch d. peinl. Rechts, 14 изд. 1847 г., стран. 748.

[9]) Henke, Handbuch d. Criminalrechts u. d. Criminalpolitik.

Digitized by Google

отдѣлахъ съ большей или меньшей подробностью должностныя преступленія и разсматриваются.

Такое опредѣленіе должностныхъ преступленій по чисто внѣшнему признаку могло существовать до тѣхъ поръ, пока не подверглась болѣе тщательному изученію и анализу юридическая природа должностныхъ преступленій. Въ самомъ дѣлѣ, нетрудно усмотрѣть всю неточность такого опредѣленія; нельзя сказать, что всякое правонарушеніе, учиненное должностнымъ лицомъ, будетъ непремѣнно должностнымъ преступленіемъ: оно можетъ быть только служебной или дисциплинарной провинностью, выходящей, слѣдовательно, за предѣлы уголовно-правовой сферы; съ другой стороны должностное лицо можетъ учинить преступное дѣяніе, не имѣющее никакого отношенія къ отправляемой имъ службѣ: чиновникъ можетъ лишить жизни своего врага, вступить въ кровосмѣсительную связь со своей родственницей, похитить или присвоить чужое имущество, поджечь съ цѣлью полученія страховой суммы свое имущество и т. д. Всѣ эти преступныя дѣянія, не имѣющія никакого отношенія къ служебному положенію виновнаго, очевидно, не могутъ быть признаны должностными преступленіями только по тому, что виновникомъ ихъ является лицо, состоящее на службѣ государственной или общественной.

Неудовлетворительность разсмотрѣннаго опредѣленія, покоящагося на признакѣ субъективномъ, заставляетъ искать другое, болѣе точное и правильное. Но для этого необходимо раньше отдѣлить понятіе должностного преступленія отъ понятій смежныхъ и прежде всего установить грань между должностными преступленіями и дисциплинарными провинностями, если только между этими двумя близко соприкасающимися понятіями существуетъ какое-либо принципіальное различіе.

II.

Въ литературѣ долгое время существовалъ взглядъ, подробно развитый Hefftter'омъ [1]), объ отсутствіи принципіальнаго различія между должностнымъ преступленіемъ и дисциплинарной провинностью.

Должностными преступленіями, съ точки зрѣнія этого взгляда, признаются тѣ нарушенія служебнаго долга, которыя въ силу особаго опредѣленія законодателя обложены уголовными карами,

[1]) См. Neue Archiv. d. Kriminalrechts, XIII, 1833 — Ueber Verbrechen und Disziplinarvergehungen der Staats-und Kirchendiener. Также Lehrbuch d. gem. deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf ältere u. neuere Landrechte. 1857 г. § 539 и слѣд.

Digitized by Google

въ противоположность всѣмъ другимъ нарушеніямъ служебнаго долга, которыя разсматриваются какъ простыя дисциплинарныя провинности [1]). Дѣйствительно, Heffter сущность должностного преступленія усматриваетъ въ нарушеніи служебнаго долга [2]); въ зависимости отъ характера службы опредѣляется и характеръ служебнаго долга, а вмѣстѣ съ тѣмъ и характеръ должностныхъ преступленій судебныхъ органовъ, кассировъ, военно-служащихъ, медицинскаго персонала, церковно-служащихъ и т. д. Эти должностныя преступленія въ собственномъ смыслѣ Heffter противополагаетъ, съ одной стороны, общимъ преступленіямъ, которыя ни въ какомъ отношеніи къ служебному положенію виновнаго не стоятъ [3]), и такимъ преступленіямъ по службѣ, для учиненія коихъ должностное положеніе (Amtsverhältniss) представляетъ непосредственный поводъ или случай и въ которыхъ нарушеніе служебнаго долга лишь присоединяется къ общему правонарушенію. Но не всякое нарушеніе служебнаго долга составляетъ, по мнѣнію Heffter'а, непремѣнно преступленіе, а только такое, которое путемъ обязательной уголовно-правовой нормы запрещено подъ страхомъ наказанія. Всѣ другіе случаи нарушенія служебнаго долга, не влекущіе указаннаго послѣдствія въ видѣ уголовнаго наказанія, подходятъ подъ понятіе служебныхъ повинностей или дисциплинарныхъ проступковъ [4]).

Это нарушеніе служебныхъ обязанностей можетъ заключаться въ пренебреженіи общими обязанностями, лежащими на служилыхъ людяхъ, и въ особенности въ несоотвѣтственномъ достоинству образѣ жизни или въ несоблюденіи спеціальныхъ служебныхъ обязанностей, вытекающихъ изъ инструкцій или природы особаго служебнаго отношенія, или въ нарушеніи границъ служебныхъ полномочій, или, наконецъ, въ выборѣ и пользованіи при отправленіи должности неподходящими, недопустимыми средствами, что уже издавна получило наименованіе «excessus in modo officii» [5]). Всѣ эти уклоненія отъ требованій служебнаго долга (Irregulari-

---

[1]) Oppenheim, Rechtsbeugungsverbrechen, стр. 1—2.

[2]) «Eigentliche Dienstverbrechen, welche lediglich in der Verletzung einer bestimmten Dienstpflicht beständen» — N. Archiv, XIII, 52. «Eigentliche Dienstverbrechen, welche in einer öffenflich strafbaren Nichterfüllung oder Ueberschreitung einer bestimmten Dienstpflicht bestehen». — Lehrbuch, § 539, I.

[3]) «Gemeine Verbrechen, wobei die amtliche Stellung schlechterdings keine rechtliche oder factische unmittelbare Voraussetzung abgebe». — N. Archiv, XIII, стран. 52.

«Gemeine Verbrechen schlechthin, die in keiner derartigen Beziehung zu dem Staatsdienst stehen». — Lehrbuch, § 539, III.

[4]) N. Archiv, XIII, стран. 52. — Dienstvergehungen, Dienstexcesse, Disziplinarvergehungen.

[5]) N. Archiv, XIII, стран. 72.

Digitized by Google

täten u. Excesse) относятся къ области дисциплинарной власти государства [1]). Такова сущность воззрѣній Hefftter'a на природу должностныхъ преступленій и дисциплинарныхъ провинностей [2]). Свое дальнѣйшее развитіе они получили въ работахъ Meves'a. На должностныхъ лицахъ, по словамъ Meves'a, лежатъ обязанности двоякаго рода: однѣ изъ нихъ устанавливаются обще-государственными законами и являются общеобязательными для всѣхъ гражданъ, другія обязанности вытекаютъ изъ особаго положенія должностного лица по отношенію къ государственной власти [3]). Вступая на службу, каждое должностное лицо обязуется подчиняться двумъ правиламъ, содержаніе которыхъ можетъ быть выражено слѣдующимъ образомъ: «ты долженъ исполнять добросовѣстно всѣ обязанности, связанныя съ твоею должностью» и «своимъ поведеніемъ на службѣ, и внѣ ея ты долженъ показать себя достойнымъ того почета и уваженія, которыя связаны съ твоимъ должностнымъ положеніемъ» [4]).

Обязанности, создаваемыя этими заповѣдями, являются спеціальными обязанностями должностного лица, какъ особый лежащій на немъ «onus» и въ то же время, какъ эквивалентъ за оказываемое ему со стороны государства довѣріе. Всякій поступокъ, противорѣчащій одной изъ указанныхъ выше заповѣдей, заключаетъ въ себѣ нарушеніе обязанностей, возлагаемыхъ на должностное лицо его служебнымъ положеніемъ, является противорѣчащимъ нормамъ, которыя регулируютъ служебное и неслужебное положеніе должностного лица. Законъ въ должностныхъ преступленіяхъ запрещаетъ подъ страхомъ наказанія такія дѣянія должностного лица, которыя оно учиняетъ при исполненіи или по поводу исполненія своихъ служебныхъ обязанностей и при учиненіи которыхъ оно

---

[1]) Тамъ же, стран. 75.

[2]) Взгляды эти усвоены и воспроизводятся Temme, Lehrbuch d. preus. Strafrechts, 1853 г., Lehrbuch d. gem. deut. Strafrechts, 1876 г., Bauer, Lehrbuch d. Strafrechts, 1833 г., Schwenken, Die Amtsvergehen, 1848 г., Schütze, Lehrbuch, § 105, стран. 521 и слѣд. Laband, Staatsrecht, I, 469 и слѣд., Dallmann, въ Bluntschli's D. Deut. Staats-Wörterbuch, B. I, стран. 219.

Точно такой же взглядъ на взаимоотношеніе должностныхъ преступленій и дисциплинарныхъ провинностей развиваетъ Garraud, по мнѣнію котораго всѣ нарушенія служебнаго долга (devoir d'office ou de service) должностными лицами могутъ быть объектомъ дисциплинарныхъ взысканій, но уголовный законодатель вмѣшивается въ эту область, когда эти нарушенія долга имѣютъ тяжкій характеръ и заключаютъ въ себѣ вредъ частнымъ или публичнымъ интересамъ. Въ этомъ случаѣ одинъ и тотъ же фактъ можетъ быть основаніемъ для преслѣдованія и наказанія какъ въ уголовномъ, такъ и въ дисциплинарномъ порядкахъ, другъ отъ друга совершенно независимыхъ. Traité, IV. 1146.

[3]) Holtzendorff's Handbuch III/2, стран. 940.

[4]) Ср. v. Holtzendorff, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, B. I, стран. 686. Также Oppenheim, Rechtsbeugung, 16.

Digitized by Google

выступаетъ именно въ качествѣ должностного лица, а такъ какъ точное исполненіе предписаній закона никогда не можетъ повести къ учиненію преступнаго дѣянія, то поэтому не можетъ быть сомнѣнія, что должностное лицо, учиняя такое дѣяніе, которое подходитъ подъ понятіе должностного преступленія, поступаетъ вопреки воли закона и что каждое изъ этихъ дѣяній можетъ быть разсматриваемо, какъ нарушеніе этой воли, а вмѣстѣ съ тѣмъ и лежащаго на должностномъ лицѣ служебнаго долга. Въ этомъ нарушеніи служебнаго долга и нужно, слѣдовательно, видѣть сущность и природу должностныхъ преступленій. Отсюда, заключаетъ Meves, вполнѣ ясно и дѣленіе должностныхъ преступленій на двѣ категоріи, въ зависимости отъ того, имѣетъ ли моментъ нарушенія служебнаго долга только дополнительное значеніе при составѣ какого-либо общаго дѣянія, какъ напримѣръ тѣлеснаго поврежденія, нарушенія домашняго мира и т. п., или же, наоборотъ, этотъ моментъ самъ образуетъ законный составъ дѣянія [1]).

Meves полагаетъ, что эта послѣдняя категорія должна бы быть совершенно исключена изъ уголовныхъ кодексовъ, но считаетъ послѣдовательное проведеніе этого начала невозможнымъ, такъ какъ нарушеніе особаго служебнаго долга (Amtspflicht) часто вытекаетъ изъ такихъ безчестныхъ, такихъ низменныхъ побужденій, часто бываетъ сопряжено со столь значительными послѣдствіями для общаго блага, для драгоцѣннѣйшихъ благъ и правъ третьихъ лицъ, что дисциплинарное взысканіе оказывается недостаточнымъ и общественное правосознаніе не найдетъ въ немъ должнаго удовлетворенія. Но гдѣ провести грань, отмежевывающую область дисциплинарныхъ провинностей отъ сферы уголовно-наказуемыхъ дѣяній, и какія дѣянія включить въ уголовные кодексы, какія въ дисциплинарные уставы, — вопросъ этотъ, по мнѣнію Meves'а, можетъ быть рѣшенъ лишь съ точки зрѣнія общаго правосознанія: только общее правосознаніе въ состояніи указать тѣ правонарушенія должностныхъ лицъ, которыя на ряду съ нарушеніемъ служебнаго долга заключаютъ въ себѣ посягательство и на общій правопорядокъ и потому не укладываются въ рамки дисциплинарныхъ провинностей [2]). Отсюда слѣдуетъ, что право

---

[1]) Meves, Das Wesen der Amtsdelikte und ihre Eintheilung, Gerichtssaal, XXXIX, 1887 г., стран. 217—220. Также въ Handbuch Holtzendorff's, III/2, стран. 939.

[2]) По мнѣнію другихъ вопросъ объ отнесеніи того или другого дѣянія къ области уголовно-наказуемыхъ дѣяній или къ области дисциплинарной — вопросъ цѣлесообразности, разрѣшаемый на основаніи потребностей времени. Въ большинствѣ случаевъ должностными преступленіями признаются случаи умышленнаго учиненія нарушенія служебнаго долга; тѣ же случаи, учиненные неосторожно, должны быть наказуемы въ дисциплинарномъ порядкѣ.

Digitized by Google

наложенія дисциплинарныхъ взысканій (das disciplinare Strafrecht) можетъ быть разсматриваемо только какъ дополненіе къ общему праву наказанія (ein Supplement d. allgemeinen Strafrechts) и что въ дисциплинарную область можетъ быть отнесено все то, на что не распространяется господство общеуголовнаго права[1]). Такъ какъ болѣе или менѣе точное установленіе состава при нарушеніи служебнаго долга не всегда возможно и потому разсматривающее эти случаи учрежденіе нуждается въ широкомъ усмотрѣніи при ихъ обсужденіи, то признается наиболѣе цѣлесообразнымъ по возможности сузить область уголовно-наказуемыхъ должностныхъ преступленій. И дѣйствительно, чѣмъ развитѣе дисциплинарное право, чѣмъ многочисленнѣе и дѣйствительнѣе дисциплинарныя мѣры, чѣмъ болѣе упорядочено самое дисциплинарное производство, тѣмъ уже и ограниченнѣе долженъ быть кругъ нарушеній служебнаго долга, которыя могутъ быть разсматриваемы, какъ должностныя преступленія[2]).

Съ точки зрѣнія этихъ взглядовъ должностное преступленіе представляетъ, слѣдовательно, ничто иное, какъ болѣе тяжкій видъ дисциплинарной провинности и, какъ и эта послѣдняя, заключается въ нарушеніи служебнаго долга.

По поводу изложенныхъ воззрѣній слѣдуетъ замѣтить, что правильнымъ въ нихъ является лишь указаніе на наличность какъ въ должностномъ преступленіи, такъ и въ служебной провинности общаго элемента — элемента нарушенія лежащихъ на должностномъ лицѣ особыхъ обязанностей, совокупность которыхъ образуетъ понятіе служебнаго долга; но въ то время, какъ содержаніе дисциплинарной провинности этимъ исчерпывается[3]), составъ должностного преступнаго дѣянія представляется нѣсколько болѣе сложнымъ.

Съ принятіемъ изложенныхъ воззрѣній совершенно несоединимо примѣняемое на практикѣ двоякое преслѣдованіе одного и того же дѣянія въ порядкѣ уголовномъ и дисциплинарномъ; оправданный уголовнымъ судомъ можетъ быть подвергнутъ дисциплинарному взысканію и наоборотъ[4]). Такой двойной порядокъ преслѣдованія

См. Temme, Kritik, B. II, стран. 400. H. Seuffert въ Wörterbuch v. Stengleins B. I, стран. 47.

Иначе Garraud, Traite, IV., 1146.

[1]) См. Holtzendorff's Handbuch, III/$_2$, 941.

[2]) Oppenheim, Rechtsbeugung, стран. 4.

Schütze, v. Holtzendorff's Rechtslexikon, стран. 97.

[3]) «Beziehung zu den Berufspflichten desselben (т.-е. долж. лица) den Hauptthatbestand (дисц. прав.) ausmacht» — замѣчаетъ Meves, v. Holtzendorff's Handbuch, III/$_2$, 939.

[4]) Коркуновъ, Русское государ. право, т. II, изд. 6-е, стран. 706. «Наложеніе на должностное лицо дисциплинарнаго взысканія за такой проступокъ, за который опредѣлены взысканія, налагаемыя только по суду, не можетъ

Digitized by Google

мыслимъ только тогда, когда дѣло идетъ о двухъ различныхъ деликтахъ, а это, въ свою очередь, предполагаетъ наличность и двухъ различныхъ объектовъ посягательства[1]). Если бы должностное преступленіе представляло изъ себя болѣе тяжкій видъ дисциплинарной провинности, то въ такомъ случаѣ при наличности смягчающихъ обстоятельствъ данное дѣяніе, квалифицируемое какъ должностное преступленіе, переходило бы въ разрядъ дисциплинарныхъ провинностей и влекло за собою лишь дисциплинарныя взысканія. Но такая возможность отвергается въ рядѣ рѣшеній и нашимъ Сенатомъ, чѣмъ подчеркивается существованіе принципіальнаго различія между обоими видами проступковъ[2]).

Если бы при должностныхъ преступленіяхъ дѣло шло только единственно о нарушеніи служебнаго долга, то едва ли можно было бы говорить тогда о разнообразныхъ должностныхъ преступленіяхъ: всѣ они были бы тогда не болѣе, какъ отдѣльными проявленіями одного и того же деликта, отличающимися между собою лишь количественно, а отнюдь не качественно[3]), такое различіе дѣйствительно только и существуетъ между отдѣльными формами дисциплинарныхъ провинностей.

Въ пользу необходимости разграниченія должностныхъ преступленій и дисциплинарныхъ провинностей говоритъ и то соображеніе историческаго характера, что главнѣйшіе виды посягательства на правовыя блага государства, общества и частныхъ лицъ, подводимые современной доктриной и положительнымъ законодательствомъ подъ категорію должностныхъ преступленій, появились гораздо раньше, чѣмъ сложилось современное публичноправовое понятіе о служебномъ долгѣ, какъ совокупности обязанностей, лежащихъ на должностномъ лицѣ[4]).

«Если римляне, справедливо замѣчаетъ Binding, для преслѣдованія «crimen repetundarum» создали первую «quaestio perpetua», то произошло это не отъ того, что намѣстники не имѣли добросовѣстныхъ чиновниковъ, а потому, что провинція взывала къ небу

служить законнымъ основаніемъ къ освобожденію его отъ судебной отвѣтственности». Опред. С.Пр.1-го и Кас.деп.Сената 8 февраля 1873 г. № 1327. Сборникъ Тимофеевскаго и Кузнецова, стран. 366—369.

[1]) Hälschner, Handbuch, II/$_2$, 1018—1019. Binding, Das Amtsverbrechen u. seine legislative Behandlung, Gerichtssaal LXIV, 1904 г.

[2]) Опред. Соед. Прис. 30 сентября 1875 г., № 6898, № 6906, 17 ноября 1889 г., № 8985 и др. Сборникъ Тимофеевскаго и Кузнецова, стран. 372—384.

[3]) См. Hälschner, ук. соч., стран. 1022—1023. Binding, ук. соч., стран. 4—7.

[4]) Понятіе дисциплинарнаго проступка появляется въ началѣ XIX в.; оно перешло въ среду государственнаго права изъ области церковнаго права. См. Labes, Die Disciplinargewalt des Staats über seine Beamten. München, 1889 г.

Digitized by Google

отъ неправды, порождаемой ихъ жадностью»[1]). Правда, эти вновь создаваемые виды преступныхъ дѣяній еще не разсматривались, какъ должностныя преступленія въ современномъ смыслѣ, но самое возникновеніе ихъ и обложеніе уголовной карой свидѣтельствовало о наличности въ нихъ посягательства на какое-либо правовое благо.

Такимъ образомъ, между должностнымъ преступленіемъ и дисциплинарной провинностью имѣется различіе и весьма существенное: въ то время какъ послѣдняя не выходитъ за предѣлы нарушенія служебнаго долга, должностное преступленіе всегда предполагаетъ, кромѣ того, посягательство на какое-либо правовое благо[2]). Отъ взаимоотношенія между нарушеніемъ служебнаго долга, съ одной стороны, и нарушеніемъ правового блага, съ другой, зависитъ, на нашъ взглядъ, отнесеніе дѣянія къ области служебныхъ провинностей или къ области уголовно-наказуемыхъ дѣяній. Если нарушеніе служебнаго долга является преобладающимъ, такъ что за нимъ совершенно не видно или не можетъ быть съ точностью установлено нарушеніе какого-либо иного правового блага[3]), то въ такомъ случаѣ имѣетъ мѣсто дисциплинарная провинность; таковы, напр., случаи такъ наз. нерадѣнія по службѣ, формальныя упущенія и т. п. Нельзя сказать, чтобы отъ такихъ случаевъ не страдали чьи-либо интересы, государственные или общественные или же

---

[1]) Binding, уп. соч., стран. 7. Магистраты Рима временъ республики, не знавшіе другого предѣла своимъ полномочіямъ, кромѣ права «veto» со стороны «par majorve potestas» или привлеченія къ отвѣтственности послѣ сложенія своихъ должностныхъ обязанностей, не знали подчиненія дисциплинарной власти. Heffter, N. Archiv d. Krim. R. XIII, стран. 112 и слѣд.

[2]) Въ обрисовкѣ дисциплинарной провинности съ господствующимъ взглядомъ вполнѣ согласенъ и Oppenheim, который также считаетъ объектомъ дисциплинар. провинности долгъ, обусловливаемый особыми обстоятельствами, въ которыхъ находится лицо. Всякая дисциплинарная провинность, говоритъ Oppenheim, есть нарушеніе долга, независимо отъ того, будетъ ли это нарушеніе долга, налагаемаго какой-либо должностью (Amt), или какихъ-либо другихъ обязанностей, обусловливаемыхъ иными отношеніями, какъ напр. отношеніями члена семьи къ ея главѣ, служащаго къ хозяину, ученика къ учителю, члена корпораціи къ корпораціи, матроса къ капитану, подмастерья къ мастеру. Дисциплинарныя провинности всѣхъ указанныхъ лицъ съ внѣшней формальной стороны представляютъ нарушеніе долга. Въ опредѣленіи существа этого долга Oppenheim также сходится съ господствующимъ взглядомъ, признавая, что онъ заключается въ достойномъ поведеніи какъ при отправленіи обязанностей, такъ и внѣ службы, въ исполненіи всего, что предписываетъ служебное достоинство и въ воздержаніи отъ всего, что съ нимъ не соединимо. См. уп. соч., стран. 16.

[3]) По терминологіи Oppenheim'а — «das sekundäres Schutz-Objekt». Разсмотрѣніе состава многихъ преступныхъ дѣяній показываетъ, что кромѣ тѣхъ объектовъ (primäre Schutz-Objekten), въ интересахъ которыхъ данныя дѣянія криминализируются, имѣются еще другіе объекты (sekundäre), оказывающіе вліяніе отчасти на наказуемость вообще, отчасти на возвышеніе отвѣтственности. См. Oppenheim, Die Objekte d. Verbrechens, стран. 233 и слѣд.

Digitized by Google

частные, но установить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ причинную связь между этими вредными для государственныхъ, общественныхъ и частныхъ интересовъ послѣдствіями и формальнымъ нарушеніемъ долга службы представляется такъ затруднительно, опасность, создаваемая для указанныхъ интересовъ, такъ отдаленна и неопредѣленна, что законодатель предпочитаетъ въ такихъ случаяхъ ограничивать свое воздѣйствіе лишь болѣе узкими предѣлами нарушенія служебнаго долга. Напротивъ, если за этимъ нарушеніемъ служебнаго долга съ большей или меньшей очевидностью усматривается нарушеніе интересовъ, публичныхъ или частныхъ, въ этомъ случаѣ имѣетъ мѣсто должностное преступленіе. Такимъ образомъ съ этой точки зрѣнія должностное преступленіе всегда представляетъ идеальную совокупность, т.-е. случай одновременнаго нарушенія единымъ дѣйствіемъ нѣсколькихъ нормъ правопорядка[1]). Въ правильности этого взгляда нетрудно убѣдиться, если просмотрѣть раздѣлъ V нашего Уложенія о Наказаніяхъ: О преступленіяхъ и проступкахъ по службѣ государственной и общественной, въ который вошли не только должностныя преступленія въ собственномъ смыслѣ, но и дѣянія, имѣющія по существу своему характеръ дисциплинарныхъ провинностей. Такъ, напр., только нарушеніе служебнаго долга и возлагаемыхъ службой обязанностей можно усмотрѣть въ дѣяніяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 336 — о несвоевременномъ доставленіи справокъ или свѣдѣній, отвѣтовъ или объясненій, ст. 410 — о медленности и нерадѣніи въ отправленіи должности, ст. 416 и друг.; въ другихъ случаяхъ это нарушеніе служебнаго долга является настолько преобладающимъ, что имъ закрывается или поглощается опасность, угрожающая другимъ интересамъ или благамъ, какъ, напр., ст. 383—вступленіе въ отправленіе должности безъ принесенія установленнымъ порядкомъ присяги на вѣрность службы, ст. 394 — грубое или неприличное обхожденіе съ начальникомъ, ст. 398 — принужденіе начальникомъ подчиненнаго заниматься дѣлами, не принадлежащими къ его обязанностямъ по службѣ; стт. 401, 402 — о наложеніи взысканія свыше мѣры или съ превышеніемъ предѣловъ компетенціи, ст. 420 — о разглашеніи дѣлъ или сообщеніи бумагъ. Напротивъ, непосредственные, узкіе интересы службы уступаютъ мѣсто другимъ интересамъ, государственнымъ и частнымъ, которые выдвигаются законодателемъ на первый планъ и благодаря чему самое дѣяніе пріобрѣтаетъ характеръ должностного преступленія, въ ст. 345 — о причиненіи истязаній и жестокости, ст. 353 — объ истребленіи или порчѣ принад-

[1]) Срав. Oppenheim, Rechtsbeugung, стран. 22—23.

Digitized by Google

лежащаго казнѣ или частнымъ лицамъ имущества, ввѣреннаго управленію или храненію, ст. 358 — о преуменьшеніи прихода или преувеличеніи расхода, стт. 366—368 — о неправосудіи въ ущербъ интересамъ частныхъ лицъ или судебной власти, ст. 384 — о самовольномъ перерывѣ отправленія своей должности, повлекшемъ за собою вредныя послѣдствія для казны, общества или частныхъ лицъ, ст. 400 — объ оскорбленіи начальникомъ подчиненнаго и т. д.

Противъ такого пониманія должностныхъ преступленій, какъ заключающихъ въ себѣ на ряду съ нарушеніемъ какого-либо блага или интереса элементъ нарушенія служебнаго долга, можетъ быть выставлено возраженіе, что нельзя говорить о существованіи особыхъ служебныхъ отношеній и, слѣдовательно, о служебномъ долгѣ по отношенію къ цѣлому ряду лицъ, которыя въ то же время являются возможными виновниками должностныхъ преступленій, какъ, напр., присяжные засѣдатели, шеффены и т. п.[1]). Но хотя эти лица и не находятся къ государству въ такихъ отношеніяхъ, какъ должностныя лица въ собственномъ смыслѣ, и слѣдовательно, къ нимъ непримѣнимо понятіе служебнаго долга въ полной мѣрѣ, то все-таки принятіе на себя обязанностей присяжнаго засѣдателя, шеффена ставитъ человѣка въ извѣстную дисциплинарную зависимость отъ государства и допускаетъ возможность дисциплинарной отвѣтственности, напр. за неявку или за несвоевременную явку по приглашенію суда (ст. 414 Улож. о Наказ., стт. 649, 651 Уст. Угол. Суд.). Предѣлы этой дисциплинарной зависимости крайне узки и въ учиняемыхъ этими лицами правонарушеніяхъ на первомъ планѣ стоятъ поврежденные или поставленные въ опасность интересы государства, общества и частныхъ лицъ, а не отвлеченная идея служебнаго долга, вслѣдствіе чего эти правонарушенія носятъ характеръ не дисциплинарной провинности, а должностного преступленія[2]). Такимъ образомъ признакомъ, разграничивающимъ должностное преступленіе отъ дисциплинарной провинности, является большая сложность объекта посягательства. Что же является объектомъ посягательства при должностныхъ преступленіяхъ?

---

[1]) Oppenheim, Rechtsbeugung, стран. 4—6.

[2]) Указанныя лица (присяжные, шеффены и т. д.), замѣчаетъ Meves, при приступѣ къ отправленію своихъ обязанностей, на равнѣ съ другими судебными органами, принимаютъ на себя обязательство отправлять свои служебныя функціи добросовѣстно и безпристрастно, вслѣд. чего учиняемое ими соотвѣтствующее законнымъ признакамъ дѣянія, предусмотрѣннаго §§ 334 и 336 St. G. B. дѣйствіе, по своему характеру и сущности представляется нарушеніемъ этого обязательства. Обязательство это принято на срокъ отправленія должности; продолжителенъ онъ или кратокъ для существа деликта значенія не имѣетъ. См. Meves, Das Wesen und Eintheilung der Amtsdelikte. Gerichts, XXXIX, 1887 г., стран. 228.

Digitized by Google

III.

Отвѣтъ на этотъ вопросъ въ литературѣ дается различный, въ зависимости отъ чего различно опредѣляется и кругъ должностныхъ преступленій. Нужно сказать, что вопросъ объ объектѣ является спорнымъ лишь въ отношеніи къ такъ называемымъ чистымъ должностнымъ преступленіямъ или должностнымъ преступленіямъ въ собственномъ смыслѣ, которыя долгое время противополагали такъ называемымъ смѣшаннымъ должностнымъ преступленіямъ. Подъ этими послѣдними обычно подразумѣвались общія преступленія, учиняемыя должностными лицами, при исполненіи или по поводу исполненія своихъ обязанностей. Здѣсь званіе должностного лица, учиняющаго преступное дѣяніе, является лишь обстоятельствомъ, осложняющимъ отвѣтственность; между тѣмъ какъ въ должностныхъ преступленіяхъ въ собственномъ смыслѣ званіе должностного лица является элементомъ, обусловливающимъ самую преступность дѣянія, элементомъ конститутивнымъ дѣянія. Относительно объекта смѣшанныхъ преступленій сомнѣній никакихъ не возникало, такъ какъ объектомъ ихъ являются тѣ же самыя правовыя блага, что и у общихъ преступленій, отъ которыхъ эти смѣшанныя отличаются однимъ квалифицирующимъ обстоятельствомъ — особымъ свойствомъ виновника преступленія. Что же касается объекта должностныхъ преступленій въ собственномъ смыслѣ, то юридическая природа ихъ, какъ было указано выше, обрисовывалась различно.

Писатели, отрицавшіе принципіальное различіе между должностнымъ преступленіемъ и дисциплинарною провинностью, естественно считали служебный долгъ объектомъ посягательства, какъ при должностномъ преступленіи, такъ и при дисциплинарной провинности.

Помимо тѣхъ соображеній, которыя выдвигались противъ отождествленія понятій должностного преступленія и дисциплинарной провинности, самая идея служебнаго долга, какъ возможнаго объекта уголовнаго правонарушенія, встрѣчаетъ возраженія. Понятіе служебнаго долга отличается крайней неопредѣленностью и разнообразіемъ содержанія, поэтому представляется невозможнымъ установить разъ навсегда содержаніе служебнаго долга для различныхъ носителей власти[1]). Вопросъ о томъ, было ли въ данномъ случаѣ

[1]) Напримѣръ, служебный долгъ военно-служащаго по своему характеру представляетъ существенное отличіе отъ служебнаго долга судебныхъ органовъ, по скольку для первыхъ важно начало субординаціи, повиновенія начальству, на столько отъ вторыхъ требуется стойкость и независимость.

Digitized by Google

нарушеніе долга или нѣтъ, есть «quaestio facti», разрѣшеніе котораго должно быть предоставлено учрежденію, близкому съ данной отраслью служебной дѣятельности, и ему при разрѣшеніи этого вопроса должно быть предоставлено болѣе или менѣе широкое усмотрѣніе[1]). Вслѣдствіе этого формально единый, но по существу различный и видоизмѣняющійся въ зависимости отъ мѣста, времени и другихъ условій, служебный долгъ неспособенъ быть тѣмъ правовымъ благомъ, для охраны котораго отъ нарушенія или поставленія въ опасность государства можетъ создать уголовно-правовую угрозу. Правовое благо, охраняемое съ помощью угрозъ уголовно-правового характера, должно быть опредѣленно въ своемъ содержаніи и ясно распознаваемо. Въ противномъ случаѣ представляется невозможной выработка состава дѣянія съ твердыми и опредѣленными признаками. «Конечно,—заключаетъ Oppenheim свои разсужденія по поводу тѣхъ условій, которымъ должно удовлетворять понятіе объекта преступнаго дѣятія,—законодатель могъ бы пренебречь этими сомнѣніями и могъ бы, какъ это фактически и имѣетъ мѣсто во многихъ кодексахъ, выставить идею служебнаго долга, какъ объектъ преступленія. Но гдѣ этого не случилось, тамъ и не слѣдуетъ прибѣгать къ этому понятію при толкованіи закона»[2]). Со своей стороны, Oppenheim полагаетъ, что путь къ правильному рѣшенію вопроса относительно возможнаго объекта должностного преступленія указывается уже господствующей теоріей. Дѣйствительно, по ученію этой теоріи, тѣ дисциплинарныя провинности облагаются уголовными наказаніями и тѣмъ самымъ переводятся въ разрядъ должностныхъ преступленій, которыя представляютъ опасность для общаго правопорядка и для которыхъ, слѣдовательно, мѣры дисциплинарнаго воздѣйствія оказываются недостаточными. При ближайшемъ разсмотрѣніи этихъ переведенныхъ въ разрядъ должностныхъ преступленій дисциплинарныхъ провинностей оказывается, что нарушаемыя или поставляемыя ими въ опасность правовыя блага—двоякаго рода: одни изъ этихъ благъ таковы, что они могутъ быть нарушены каждымъ или если и не каждымъ, то во всякомъ случаѣ не только должностнымъ лицомъ (какъ, напр., тѣлесная неприкосновенность, личная свобода);

---

[1]) «Совершенно невозможно опредѣлить, замѣчаетъ Hälschner, и юридически установить, чего требуетъ поведеніе, соотвѣтствующее достоинству должности. Поэтому, при наложеніи дисциплинарныхъ взысканій за дисциплинарныя провинности неизбѣжно должно быть предоставлено судейскому усмотрѣнію отвѣтить на вопросъ, слѣдуетъ ли данный образъ дѣйствій должностнаго лица разсматривать какъ дисциплинарную провинность». См. Handbuch, II/2, стран. 1023. Также Meves въ Holtzendorff's Handbuch, III/2, стран. 939 и слѣд., и Merkel, Lehrbuch d. deut. Strafrechts, 47.

[2]) Oppenheim, Rechtsbeugung, стран. 17.

Digitized by Google

другія же блага отличаются такимъ свойствомъ, что могутъ быть нарушены или поставлены въ опасность только должностными лицами. По мнѣнію Oppenheim'a, объектомъ должностныхъ преступленій и являются только такія правовыя блага, которыя могутъ быть нарушены или поставлены въ опасность лишь должностными лицами[1]). Поэтому всѣ преступленія, учиненныя должностными лицами, но не заключающія въ себѣ посягательства на подобнаго рода блага, не могутъ быть признаны должностными преступленіями; они являются общими преступленіями, только квалифицируемыми вслѣдствіе личныхъ свойствъ виновнаго. Oppenheim отрицаетъ въ виду этого общепринятое дѣленіе должностныхъ преступленій на смѣшанныя и чистыя; преступленіе будетъ общимъ или должностнымъ, средняго между ними быть не можетъ. Правовыя блага, нарушеніе коихъ доступно только должностнымъ лицамъ, могутъ быть объектомъ посягательства или со стороны всѣхъ вообще должностныхъ лицъ, или со стороны только опредѣленной категоріи ихъ, поэтому если и можетъ быть сохранено дѣленіе должностныхъ преступленій на общія и особенныя, то исключительно въ этомъ смыслѣ. Правовыя блага, доступныя посягательству только со стороны должностныхъ лицъ и поэтому признаваемыя возможными объектами должностныхъ преступленій, являются въ большинствѣ случаевъ правовыми благами общества или государства, почему должностныя преступленія и занимаютъ мѣсто среди дѣяній, направленныхъ противъ государства или общества. По своему содержанію эти блага крайне разнообразны, почему разнообразны и самыя должностныя преступленія; такъ при неправосудіи нарушается благо нелицепріятнаго и справедливаго правосудія, при взяточничествѣ — неподкупность должностныхъ лицъ, при нарушеніи тайны — соблюденіе таковой и т. д. Въ другой своей работѣ, посвященной спеціально вопросу объ объектѣ преступнаго дѣянія (Die Objekte des Verbrechens, 1894 г.), Oppenheim подвергаетъ тщательному анализу это понятіе и между прочимъ проводитъ различіе между такъ называемымъ «Schutz-Object'омъ» и «Handlungs-Object'омъ», понимая подъ первымъ такой объектъ (состояніе, чувство, право, обязанность), который подвергается посягательству при отдѣльныхъ преступныхъ дѣя-

---

[1]) Oppenheim, Rechtsbeugung, стран. 18. Сущность должностныхъ преступленій, по словамъ Oppenheim'a заключается въ томъ, что «durch sie Rechtsgüter verletzt oder gefährdet werden, deren Verletzung oder Gefährdung ihrer Natur nach nur durch Inhaber eines Amtes stattfinden kann, weil nur ihnen vermöge ihres Amtes eine Einwirkung auf diese Rechtsgüter überhaupt möglich war».

Digitized by Google

ніяхъ[1]), а подъ вторымъ — такой объектъ, надъ которымъ преступленіе совершается непосредственно или который преступнымъ путемъ долженъ быть воспроизведенъ, дабы характерное для состава преступленія посягательство на охраняемое благо имѣло мѣсто[2]).

Указывая, что объектомъ должностныхъ преступленій являются правовыя блага, доступныя для посягательства должностныхъ лицъ, Oppenheim имѣетъ въ виду именно «Schutz-Objekt» этихъ преступныхъ дѣяній, каковымъ въ большинствѣ случаевъ является, по его мнѣнію, связанная съ должностью власть (Amtsgewalt)[3]). Заслуга Oppenheim'а[4]) заключается въ томъ, что, анализируя природу должностныхъ преступленій, онъ ближе своихъ предшественниковъ опредѣлилъ объектъ этихъ преступленій, говоря, что таковымъ объектомъ можетъ быть лишь благо, доступное для посягательства должностного лица въ силу занимаемой имъ должности; онъ обратилъ вниманіе и указалъ на связь должностныхъ преступленій съ должностью. Правда, такое указаніе имѣется и у Haelschner'а, но Haelschner не отступилъ въ сущности отъ стараго взгляда и даже представилъ возраженія противъ воззрѣній Oppenheim'а. По мнѣнію Haelschner'а, должностное преступленіе имѣетъ мѣсто, когда должностное лицо оказывается виновнымъ въ нарушеніи лежащаго на немъ долга — осуществлять переданную государствомъ власть правомѣрно и закономѣрно. Должностная власть осуществляется противозаконно, когда ея осуществленіе причиняетъ ущербъ государственной власти въ ея правахъ и интересахъ, къ охранѣ которыхъ призвано должностное лицо, или вызываетъ нарушеніе правоваго отношенія государственной власти къ ея подданнымъ, или создаетъ измѣненіе этихъ отношеній и нарушеніе этимъ самымъ общаго государственнаго порядка. Во всѣхъ этихъ случаяхъ должностное преступленіе является противозаконнымъ злоупотребленіемъ должностными полномочіями, злоупотребленіемъ должностною властью, независимо отъ того, проявляется ли это зло-

---

[1]) «Schutz-Objekt ist das jenige Objekt (ein Zustand, Gefühl, Recht, eine Pflicht), welches durch das einzelne Verbrechen angegriffen wird», указ. соч., стран. 194.

[2]) «Objekt schlechthin des Verbrechens ist dasjenige Objekt, an welchem das Verbrechen begangen, beziehungsweise welches durch das Verbrechen erzeugt werden muss, damit der das betreffende Verbrechen charakterisirende Angriff auf ein Schutzobjekt vorliegt». См. тамъ же, стран. 194.

[3]) См. тамъ же, стран. 361—369, особ. 366, 367, 368.

[4]) Возраженія, высказанныя противъ взглядовъ Oppenheim'а, покоятся, по нашему мнѣнію, на различномъ пониманіи объекта преступленія и не имѣютъ въ сущности принципіальнаго значенія. См. Meves, указ. соч. въ Gerichtssaal, XXXIX, 1887 г., стран. 228—235, а также Haelschner, Handbuch, II/2, стран. 1025 прим.

Digitized by Google

употребленіе въ положительномъ дѣйствіи, противорѣчащемъ служебнымъ полномочіямъ, или въ неисполненіи обязанностей. Хотя злоупотребленіе властью можетъ обнаружиться въ разнообразныхъ формахъ, вслѣдствіе чего можетъ возникнуть множество различныхъ должностныхъ проступковъ, но во всѣхъ этихъ проступкахъ дѣло идетъ только о разнообразныхъ посягательствахъ на одно и то же правовое благо, именно—заинтересованность государства въ закономѣрномъ осуществленіи должностной власти, а отнюдь не о нарушеніи различныхъ правовыхъ благъ[1]). Въ этомъ признаніи объектомъ должностныхъ преступленій единаго блага — интереса государства въ закономѣрномъ осуществленіи власти и заключается возвратъ къ старому пониманію должностныхъ преступленій и отклоненіе отъ пути, намѣченнаго Oppenhim'омъ.

Напротивъ, дальнѣйшее развитіе взглядовъ послѣдняго мы находимъ у Binding'a, который для болѣе точной обрисовки должностныхъ преступленій желаетъ, какъ онъ выражается, «соединить уголовно-правовую и государственно-правовую точки зрѣнія». Сущность его воззрѣній сводится къ слѣдующему: соглашаясь съ Oppenheim'омъ, что объектомъ должностныхъ преступленій являются отдѣльныя правовыя блага, онъ точнѣе, чѣмъ этотъ послѣдній, опредѣляетъ кругъ этихъ благъ, ставя ихъ въ связь съ предѣлами вѣдомства должностного лица (Zuständigkeit). Государство, предоставляя своимъ органамъ часть своихъ полномочій, не можетъ гарантировать полной закономѣрности дѣятельности должностныхъ лицъ въ предѣлахъ предоставленной имъ власти; данныя должностному лицу полномочія неизбѣжно заключаютъ въ себѣ возможность ихъ противозаконнаго осуществленія. Учиняя это послѣднее, должностное лицо злоупотребляетъ принадлежащею ему властью съ цѣлью законо- и правонарушенія, для причиненія вреда правамъ и правовымъ благамъ. Связь должностного преступленія съ должностью состоитъ въ томъ, что вмѣстѣ съ должностью лицу, ее занимающему, вручается охраненіе опредѣленныхъ правъ или правовыхъ благъ или распоряженіе ими. На это-то довѣренное по должности благо должностное лицо и посягаетъ преступно (an diesem amtlich ihm anvertrauten Gute vergreift er sich deliktisch); оно нарушаетъ эти права и блага или распоряжается ими вопреки праву. Въ такомъ направленіи (Verwendung) государственной власти ея органами на акты противоправные, въ предѣлахъ компетенціи этихъ органовъ, и слѣдуетъ, по мнѣнію Binding'a, видѣть сущность должностныхъ преступленій. Такое про-

[1]) Haelschner, Handbuch II/2, стран. 1022—1023, 1025, прим.

Digitized by Google

тивоправное направленіе дѣятельности органовъ государственной власти можетъ развертываться всесторонне въ границахъ вѣдомства должностного лица. Правовыя блага, нарушаемыя при должностныхъ преступленіяхъ, должны быть дѣйствительно доступны для воздѣйствія должностныхъ лицъ,—въ этомъ Binding согласенъ съ Oppenheim'омъ,—но эта доступность опредѣляется предѣлами вѣдомства (amtliche Zuständigkeit) даннаго должностного лица. Съ помощью этого признака, по мнѣнію Binding'а, съ точностью проводится граница между должностными преступленіями и преступленіями общими. Если, напр., должностное лицо, дѣйствуя внѣ предѣловъ своихъ полномочій, злоупотребляетъ своимъ фактическимъ вліяніемъ для учиненія какого-либо противозаконнаго дѣянія, напр., слѣдователь вымогаетъ сознаніе, должностное лицо подвергаетъ кого-либо тѣлесному наказанію и т. д., то это дѣяніе отнюдь не можетъ быть признано должностнымъ преступленіемъ; въ этихъ случаяхъ нѣтъ связи деликта съ должностью, и только связь деликта съ личностью должностного лица можетъ побудить законодателя особо указать на него въ уголовномъ кодексѣ. Такъ называемыя смѣшанныя должностныя преступленія, по мнѣнію Binding'а, не заслуживаютъ такого наименованія. За этимъ главнымъ объектомъ должностного преступленія, каковымъ можетъ быть одно изъ разнообразныхъ правъ или правовыхъ благъ, которыя представляются должностному лицу его должностью, Binding усматриваетъ еще другой объектъ, общій всѣмъ должностнымъ преступленіямъ и заключающійся въ униженіи государственной власти обращеніемъ ея въ средство учиненія преступнаго дѣянія (die Entwürdigung der Staatsgewalt zum Mittel des Verbrechens), вслѣдствіе чего всякое должностное преступленіе въ конечномъ счетѣ является преступленіемъ государственнымъ [1]). Если, слѣдовательно, сущность должностного преступленія заключается въ злоупотребленіи государственной властью, выражающемся въ преступномъ посягательствѣ на права и правовыя блага, врученныя органу власти по его должности, то отсюда, по мнѣнію Binding'а, вытекаетъ одно категорическое требованіе: указанныя посягательства должны быть дѣйствительно объективно противоправны, должны дѣйствительно являться объективнымъ нарушеніемъ нормъ [2]). Поэтому, если чиновникъ, желая вести себя съ полнымъ презрѣніемъ къ возложенному на него порученію, въ дѣйствительности поступаетъ согласно съ закономъ, то въ его дѣятельности можно усмо-

---

[1]) Binding, Das Amtsverbrechen u. seine legislative Behandlung, въ Gerichtssaal, LXIV, 1904 г., стран. 8—13. Также Lehrbuch, II/2, стран. 403.

[2]) Lehrbuch, II/2, стран. 406.

Digitized by Google

трѣть признаки тяжкой дисциплинарной неправды, но отнюдь не составъ должностного преступленія[1]). Мысль, что сущность должностныхъ преступленій заключается въ злоупотребленіи властью, не является новой: въ различныхъ видахъ она выражалась давно, но Binding'у удалось вскрыть истинное содержаніе этой общей формулы. Кромѣ того, говоря о должностныхъ преступленіяхъ и нарушаемомъ ими служебномъ долгѣ, имѣли въ виду главнымъ образомъ отношенія служащаго къ государству и на нарушеніи этихъ отношеній строили понятіе должностного преступленія. Binding показалъ, что въ должностныхъ преступленіяхъ имѣется и другая сторона, именно отношеніе органа государственнаго управленія къ гражданамъ, ихъ благамъ и интересамъ.

Итакъ, должностное преступленіе представляетъ по существу своему злоупотребленіе властью или полномочіями, коими снабжается органъ управленія. Въ силу присущихъ органу власти полномочій онъ можетъ распоряжаться извѣстной совокупностью правовыхъ благъ государственныхъ, общественныхъ и частныхъ. Совокупность актовъ, которые органъ власти можетъ законно совершать, кругъ его законной дѣятельности составляетъ его компетенцію[2]). Если, органъ власти вмѣсто тѣхъ цѣлей, ради которыхъ ему предоставлена закономъ извѣстная компетенція и даны извѣстныя полномочія, будетъ преслѣдовать иныя цѣли и такимъ образомъ будетъ, слѣдовательно, злоупотреблять своими полномочіями, то онъ явится въ такомъ случаѣ виновнымъ въ должностномъ преступленіи. Объектомъ должностныхъ преступленій будутъ, слѣдовательно, тѣ правовыя блага, распоряжаться которыми должностное лицо можетъ въ силу предоставленной ему закономъ компетенціи. Условіемъ для отнесенія дѣянія къ категоріи должностныхъ необходимо

---

[1]) Если бы, напр., единоличный судья обвинялся въ неправосудіи въ виду того, что онъ въ цѣляхъ покровительства одному изъ тяжущихся воспользовался толкованіемъ закона, которое признавалось имъ самимъ неправильнымъ, уголовный же судъ, который разсматривалъ дѣло по обвиненію въ неправосудіи, призналъ примѣненное толкованіе вѣрнымъ и вынесенное рѣшеніе правильнымъ, то въ такомъ случаѣ не можетъ быть рѣчи о неправосудіи. Или если слѣдователь отдаетъ приказъ о задержаніи лица, котораго онъ не имѣетъ основанія подозрѣвать въ попыткѣ уклониться отъ суда и слѣдствія или вступить въ стачку со свидѣтелями, между тѣмъ какъ такія основанія существуютъ, или если слѣдователь вознамѣрился ночью произвести обыскъ въ квартирѣ лица, которое оказалось состоящимъ подъ надзоромъ полиціи, или, если прокуроръ возбуждаетъ преслѣдованіе противъ лица, которое онъ считаетъ въ дѣйствительности невиновнымъ, начатое же слѣдствіе вскрываетъ его виновность, во всѣхъ этихъ случаяхъ, по мнѣнію Binding'а, имѣетъ мѣсто тяжкое нарушеніе служебнаго долга, но объективно всѣ эти дѣйствія являются правомѣрными актами власти, слѣдовательно, они не могутъ быть признаны должностными преступленіями (Lehrbuch II/$_2$, стран. 405—406).

[2]) Дюги, Конституціонное право, рус. пер., стран. 628.

Digitized by Google

должна быть дѣятельность въ предѣлахъ законныхъ полномочій, такъ какъ въ противномъ случаѣ дѣяніе будетъ общимъ, лишь квалифицированнымъ въ силу особаго положенія виновнаго какъ, напр., служебное вымогательство, растрата и т. п.

Заслуживаетъ вниманія, что въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ Сената проглядываетъ такой именно взглядъ на сущность должностныхъ преступленій; такъ, въ опред. Соед. Прис. (18 января 1888 г. № 434), былъ отвергнутъ должностной характеръ въ дѣяніи канцелярскаго служителя и вольнонаемнаго письмоводителя полицейскаго управленія, выманившихъ деньги у крестьянина, подъ предлогомъ освобожденія послѣдняго отъ ареста, такъ какъ «дѣйствіе это не касалось служебныхъ обязанностей обвиняемыхъ»; въ рядѣ другихъ опредѣленій Сенатъ высказалъ, что преступленія, предусмотрѣнныя стт. 169—172 Уст. о Нак. и стт. 1644—1664 Улож. о Нак. подлежатъ преслѣдованію въ общемъ порядкѣ уголовнаго судопроизводства и никакихъ изъятій для должностныхъ лицъ, могущихъ совершить подобное преступленіе при отправленіи служебныхъ обязанностей, въ законѣ не установлено... ибо такого рода преступныя дѣянія какъ кража или вообще мошенничество, когда они не имѣютъ характера нарушенія долга службы, не составляютъ преступленій должности. (Соед. Прис. 29 января 1891 г., № 881, 31 марта 1880 г., № 3033, 30 ноября 1881 г., № 8189. Цит. по Сборнику Тимофеевскаго и Кузнецова, стр. 192—193).

Такимъ образомъ кругъ возможныхъ объектовъ должностныхъ преступленій опредѣляется предѣлами законныхъ полномочій должностного лица, злоупотребленіе которыми и составляетъ сущность должностного преступленія.

В. Ширяевъ.

Digitized by Google

Проблема власти надъ человѣкомъ въ гражданскомъ правѣ.

Современное гражданское право признаетъ за каждымъ человѣкомъ право на самоопредѣленіе, насколько осуществленіе этого права не противорѣчитъ требованіямъ закона и нравственности и не нарушаетъ правъ другихъ членовъ общежитія. Тѣмъ не менѣе мы и въ современной жизни на каждомъ шагу видимъ людей подвластныхъ другимъ лицамъ не только фактически, но и по праву. Кромѣ тяготѣющей надъ всѣми гражданами государственной власти, дѣйствующее право знаетъ власть родителей надъ дѣтьми, мужа надъ женою, опекуна надъ опекаемымъ, хозяина надъ слугами и др. Всѣ эти власти временно въ той или иной степени ограничиваютъ право подчиненнаго на самоопредѣленіе.

Въ связи съ этимъ явленіемъ возникаетъ рядъ вопросовъ, разрѣшеніе которыхъ настоятельно требуется жизнью. Составляетъ ли власть надъ человѣкомъ правовое или чисто фактическое состояніе, каковы тѣ правовыя начала, на которыхъ должно быть построенно отношеніе къ ней положительнаго права, гдѣ граница между допустимымъ и недопустимымъ подчиненіемъ, правомѣрнымъ и неправомѣрнымъ властвованіемъ — эти и другіе вопросы, касающіеся затронутой нами проблемы, не могутъ и не должны быть обойдены молчаніемъ въ переживаемый нами періодъ обновленія нашихъ гражданскихъ законовъ.

Въ отдѣлѣ семейственнаго права обыкновенно трактуется о власти родителей (или отца), о власти мужа, иногда о власти опекуна. Особенность семейныхъ отношеній господствующее ученіе[1]) усматриваетъ въ томъ, что они основаны на естественной или нравственной связи, съ существованіемъ которой положительное право считается при нормировкѣ личныхъ и имущественныхъ отношеній

[1]) См. Savigny, System d. heut. röm. Rechts I § 54, Sintenis, въ Zeitschr. f. Civilrecht und Prozess, стран. 67 сл., Unger, System des österr. allg. Privatrechts I, стран. 510.

Digitized by Google

между членами семьи. Сообразно съ этимъ власть главы семейства разсматривается какъ фактическое предположеніе для связанныхъ съ нею правоотношеній. Другіе виды власти, съ которыми мы встрѣчаемся въ жизни, въ томъ числѣ хозяйская власть, какъ самостоятельные юридическіе институты господствующему ученію неизвѣстны, хотя также служатъ въ дѣйствующемъ законѣ отправною точкою для цѣлаго ряда юридическихъ нормъ. При такомъ положеніи вещей не удивительно, что цивилисты не удѣляютъ особеннаго вниманія освѣщенію и построенію общаго понятія о власти въ гражданскомъ правѣ [1]). Между тѣмъ выясненіе этого понятія въ настоящее время представляетъ не только теоретическій, но также крупный практическій интересъ, ибо при реформѣ гражданскихъ законовъ какъ разъ въ данной области законодателю придется имѣть дѣло съ радикально измѣнившимися правовыми воззрѣніями и съ значительнымъ уклоненіемъ отъ идей, коими проникнуты дѣйствующіе кодексы. Мы не задаемся цѣлью восполнить этотъ пробѣлъ нашимъ очеркомъ; для этого потребовалось бы болѣе обширное и подробное изслѣдованіе. Мы только попытаемся прослѣдить направленіе юридической мысли по данному вопросу и опредѣлить понятіе о власти надъ человѣкомъ, соотвѣтствующее современнымъ правовоззрѣніямъ.

I.

Слово «власть» ни въ наукѣ, ни въ законодательствѣ не имѣетъ значенія точнаго юридическаго термина [2]). Имъ то обозначается вообще содержаніе субъективнаго права, господство воли надъ любымъ объектомъ [3]), то фактическая возможность располагать

---

[1]) Единственное монографическое изслѣдованіе Herzfelder'a, Gewalt und Recht (1890), исходитъ изъ положенія, что власть не юридическое понятіе, а фактическое отношеніе. См. по поводу этой книги Krit. Vierteljahrschr, т. 33, стран. 268 сл.

[2]) См. Л. Н. Толстого, Война и Миръ (сочин. изд. 8-е, томъ IV), стран. 441... «власть есть слово, значеніе котораго намъ непонятно». Петражицкій, Теорія права и государства (2-е изд.), стран. 202. Слова «власть» и «господство» въ теперешней юридической литературѣ имѣютъ характеръ не научно фиксированныхъ съ точки зрѣнія объема и содержанія терминовъ, а скорѣе словъ для всевозможнаго употребленія въ различнѣйшихъ областяхъ права безъ ясно опредѣленнаго смысла. Ср. также В. Нечаева въ Энц. слов. Брокгауза и Ефрона, сл. «Власть въ гражданскомъ правѣ», Pfaff и Hoffmann въ Rechtslexicon Holtzendorf'a s. v. «Gewalt».

[3]) См. напр., Puchta, Institutionen (10 Aufl.), стран. 8: Wir gebrauchen das Wort Recht... für die Herrschaft oder Macht, die der Person über einen Gegenstand gegeben ist, Ihering, Geist d. röm. Rechts, II, 1 стран. 140: «Der Inhalt eines jeden Rechtsverhältnisses.... ist Willensmacht, die Unterschiede der Rechtsverhältnisse sind Unterschiede der Herrschaft». Windscheid, Pand. § 37, Unger, System I, стран. 240. Contra Schlossmann, Der Vertrag, § 245, Шершеневичъ, Учебн. русск. гражд. пр. (10-е изд.), стран. 81.

Digitized by Google

извѣстнымъ предметомъ или лицомъ[1]). Сообразно съ этимъ «власть надъ человѣкомъ» разсматривается или какъ разновидность субъективнаго права или какъ бытовое явленіе, служащее фактическимъ предположеніемъ для различныхъ правоотношеній. Въ послѣднемъ случаѣ вопросъ о ея юридической природѣ совсѣмъ не возникаетъ. Отношенія лица, надѣленнаго властью, къ подчиненнымъ ему лицамъ опредѣляются не правовыми нормами, а другими соціальными факторами; они лежатъ внѣ правопорядка. Право только указываетъ границы власти и внѣшнія условія ея возникновенія и признанія. Оно, по словамъ Іеринга[2]), «только, извнѣ нажимаетъ на стѣнки правоотношенія и тѣмъ самымъ ограничиваетъ содержащуюся въ немъ власть». Такъ напр. юридическое содержаніе институтовъ семейственнаго права, по ученію Савиньи, исчерпывается «опредѣленіемъ предположеній, при которыхъ такое правоотношеніе становится возможнымъ, возникаетъ и прекращается»[3]). Между членами семьи, какъ индивидами, существуетъ только «семейно-этическая» связь. Юридическая сторона семейственнаго права, по его мнѣнію, сводится къ притязанію обладателя семейной власти на всеобщее признаніе, обращенному ко всѣмъ членамъ общежитія.

Изложенный взглядъ основанъ на противопоставленіи бытовыхъ явленій правовымъ, фактическаго содержанія отношеній между людьми юридическому. Критеріемъ служитъ характеръ нормы, регулирующей данное явленіе. Поскольку оно регулируется правовыми нормами, оно относится къ области права, поскольку другими — къ области фактовъ. Такой критерій однако нельзя признать правильнымъ. Одни и тѣ же явленія могутъ быть предметомъ юридическихъ и этическихъ нормъ. Между тѣми и другими нормами обыкновенно не существуетъ антагонизма. Поэтому изъ того обстоятельства, что власть покоится на естественныхъ и этическихъ основаніяхъ, еще не вытекаетъ необходимость признать ее чисто бытовымъ явленіемъ и въ этомъ смыслѣ противо-

---

[1]) Шершеневичъ, Общая теорія права, стран. 605 сл. и стран. 206: «Власть есть возможность навязывать свою волю другому или другимъ, подчинять своей волѣ волю другихъ, заставлять другихъ сообразовать свое поведеніе съ волею властвующаго, вводить свою волю однимъ изъ существенныхъ мотивовъ, опредѣляющихъ поведеніе другого». Коркуновъ, Русское госуд. пр. (7-е изд.), стран. 24: «власть есть сила, обусловленная сознаніемъ зависимости подвластнаго», Bierling, Zur Kritik d. jurist. Grundbegriffe, стран. 48: «Macht ist im allgemeinen das Vermögen mit einem Ding zu machen, was man will». Ср. также Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts (1869), стран. 13, Herzfelder указ. соч., стран. 6 сл., 10 сл.

[2]) Geist, d. röm. Rechts, II, 1, стран. 295.

[3]) System, I, стран. 352.

Digitized by Google

поставить ее праву. Такое противопоставленіе въ томъ только случаѣ было бы возможно, если бы власть являлась юридически иррелевантнымъ фактомъ, т.-е. съ нею ни въ нашемъ правосознаніи, ни въ законѣ не связывалось представленіе о правахъ и обязанностяхъ, или-же если бы всякая сила, дающая одному лицу фактическій перевѣсъ надъ другими, независимо отъ того, проявляется ли она правомѣрно или нѣтъ, признавалась властью. Ни одному изъ этихъ условій понятіе о власти въ современной жизни не удовлетворяетъ.

Власть родителей, мужа, хозяина, опекуна, капитана отнюдь не представляется нашему правосознанію стихійнымъ явленіемъ, съ которымъ мы миримся по необходимости, или порядкомъ, которому подчиниться намъ велитъ исключительно нравственный долгъ. Власть принадлежитъ имъ по праву, составляетъ ихъ прерогативу по отношенію къ подвластнымъ и это одинъ, — подчасъ главный, — мотивъ повиновенія. Законодательства же, хотя и не опредѣляютъ исчерпывающимъ образомъ содержанія власти, а оставляютъ нѣкоторый просторъ для ея автономнаго проявленія, отнюдь не отказываются отъ ея нормировки. Они опредѣляютъ ея предѣлы, иногда подчиняютъ ее извѣстному контролю и, главное, вносятъ въ нее существенные коррективы въ видѣ возлагаемыхъ на ея обладателя обязанностей. При такихъ обстоятельствахъ нельзя серьезно говорить объ иррелевантности власти съ точки зрѣнія права.

Отождествленіе понятій власти и силы нерѣдко встрѣчается въ литературѣ. Этому способствуютъ отчасти обычное словоупотребленіе, отчасти перенесеніе въ современное право представленій, сложившихся въ прежнія историческія эпохи. Властью (Gewalt, puissance) называется не только отношеніе государства къ подданнымъ, родителей къ дѣтямъ и пр., но также разбойника къ своей жертвѣ, ростовщика къ неоплатному должнику и т. п. Говорятъ, далѣе, о власти красоты, нужды, страсти и пр. Приходится, наконецъ, считаться съ тѣмъ историческимъ фактомъ что государственная и другія власти, какъ фактическія отношенія, существовали задолго до ихъ правовой нормировки и что на раннихъ ступеняхъ правовой культуры они разсматривались какъ сила, проявленію которой не ставились правовые предѣлы. До сихъ поръ еще многіе государствовѣды видятъ специфическій признакъ власти въ фактически присущей ей возможности проявленія силы[1]) или же въ томъ, что ея источникъ кроется

[1]) См. напр., Seydel, Grundzüge einer allg. Staatslehre (1873), его же Vorträge aus dem allg. Staatsrechte въ «Annalen d. deutsch. Reiches» за 1898 г., стран. 322 сл., Herzfelder ук. соч. § 25 сл.

Digitized by Google

въ ней самой, а не въ добровольномъ согласіи подчиненныхъ[1]), Герцфельдеръ напр. въ упомянутой выше (прим. 2) монографіи опредѣляетъ власть какъ «фактическую мощь, способную подавлять чужую волю или же подвергать ее — непремѣнно внѣшними средствами — воздѣйствію» (стран. 10). О «властномъ отношеніи», по его мнѣнію, только тогда можетъ быть рѣчь, «когда власть охватываетъ извѣстную сферу и обладаетъ внѣшними средствами для принужденія» (стр. 6)[2]). Исходя изъ этихъ предпосылокъ, онъ утверждаетъ, что власть не можетъ разсматриваться ни какъ субъективное право, ни какъ юридическій институтъ.

Отождествленіе власти съ силою построено на представленіи о какомъ то безпрерывномъ воздѣйствіи одного человѣка на другого, покоряющагося ему по принужденію. Это представленіе не соотвѣтствуетъ дѣйствительности. Власть существуетъ не только въ тѣ моменты, когда она проявляется во внѣ и не только при наличности соотвѣтствующаго фактическаго соотношенія силъ. Она — опредѣленное психическое состояніе, при которомъ одно лицо считаетъ себя въ правѣ требовать повиновенія и другіе признаютъ за нимъ это право[3]). Съ этимъ соглашаются также нѣкоторые ученые, отождествляющіе власть съ силою. Такъ напр., Коркуновъ, опредѣляя власть какъ силу, оговаривается, что «для властвованія требуется только сознаніе зависимости а не его реальность»[4]). Но 1) власть, основывающаяся на такомъ сознаніи, есть психическая реальность; 2) отнюдь не безразлично, чѣмъ вызывается сознаніе зависимости. Мы очень часто видимъ, какъ дѣти подчиняются родителямъ, подданные — государству, слуги — хозяевамъ безъ мысли о возможности принужденія и даже тамъ, гдѣ возможность такого принужденія вовсе не существуетъ. Ими руководитъ представленіе о долгѣ, объ обязанности, а не о силѣ. Подчиняющійся требованію разбойника, наоборотъ, дѣлаетъ это исключительно изъ страха, хотя онъ ясно

[1]) Это ученіе наиболѣе подробно обосновано и развито Розинымъ (H. Rosin) въ «Annalen d. deutsch. R.» за 1884 г., стран. 268 сл. См. также Rehm тамъ же за 1885 г., стран. 151 сл., Laband, Staatsrecht (4-е изд.), т. I, стран. 60 сл. и ниже въ текстѣ.

[2]) Ср. также Roguin, La Règle de droit (1889) стран. 266: Toujours et partout, quand une loi reconnaît à une personne quelconque, fût-ce même à un degré extrêmement faible le pouvoir de diriger ou contraindre l'être corporel d'un autre individu d'une façon immédiate, par un contact direct, et sans se préoccuper des résistances morales ou physiques de celui-ci, il y a, dans la mesure seulement où cela a lieu, droit de puissance ou de famille.

[3]) Ср. Bierling, ук. соч. I, § 43 сл., Петражицкій, ук. соч., стран. 198 сл., Кокошкинъ, Лекціи по общему государственному праву (изд. 2-е), стран. 68 сл., Bekker, System des heut. Pandektenrechts, I, стран. 50.

[4]) Указ. соч., стран. 24.

Digitized by Google

сознаетъ что онъ не обязанъ его выполнить. По отношенію къ правомѣрной власти подчиненные сознаютъ не только свою зависимость, но также право другого лица требовать отъ нихъ въ извѣстныхъ предѣлахъ послушанія. Въ этомъ послѣднемъ обстоятельствѣ и заключается критерій для разграниченія власти, какъ юридически релевантнаго факта, отъ случаевъ фактическаго использованія своей силы, своего перевѣса надъ другимъ человѣкомъ, составляющихъ либо правонарушеніе, либо явленіе съ правовой точки зрѣнія безразличное.

Опредѣленіе власти какъ фактическаго состоянія или какъ силы такимъ образомъ совершенно не выясняетъ сущности этого понятія. Посмотримъ теперь, что въ этомъ направленіи достигается ученіемъ, что власть надъ человѣкомъ составляетъ одинъ изъ видовъ субъективныхъ правъ. Самое понятіе субъективнаго права не вполнѣ выяснено и возбуждаетъ нескончаемыя разногласія. Въ наукѣ высказываются серьезныя сомнѣнія въ правильности господствующихъ ученій[1]), въ возможности[2]) и цѣлесообразности[3]) подобной концепціи. Трудно также говорить въ настоящее время о какой-нибудь общепринятой классификаціи субъективныхъ правъ. Большею частью мы въ учебникахъ находимъ не одно, а нѣсколько построенныхъ на различныхъ критеріяхъ, скрещивающихся дѣленій, а именно на абсолютныя и относительныя, на вещныя и личныя, на имущественныя права. права надъ чужою и надъ собственною личностью. При этомъ права надъ чужою личностью въ области гражданскаго права обыкновенно отождествляются съ семейными правами.

Одинъ изъ отличительныхъ признаковъ послѣднихъ господствующее мнѣніе видитъ въ томъ, что управомоченный надѣляется ими не какъ обособленный индивидъ, не въ видахъ расширенія его личной правовой сферы, а въ интересахъ семейнаго союза, т.-е. естественнаго или произвольнаго единенія людей, удовлетворяющаго потребности каждаго изъ нихъ въ дополненіи его личности[4]). Въ чемъ же однако заключается юридическое значеніе

---

[1]) См. напр., Петражицкаго, указ. соч. II § 28.

[2]) Ср. Bekker, System I, стран. 49.

[3]) Особенно энергичную борьбу противъ построенія субъективнаго права ведетъ въ послѣднее время Léon Duguit. См. его L'état, le droit objectif etc, (1901) стран. 140 сл., Le droit social etc. (1908) стран. 14 сл., Les tranformations générales du droit privé (1912). См. по поводу его ученія Hauriou, Manuel de droit constitutionel (1907) и Principes de droit public (1910) стран. 64 сл., бар. А. Э. Нольде въ «Вѣстн. Гражд. Права» № 1, стран. 131 сл.

[4]) См. Unger, System I, стран. 215, Windscheid, Pand. I § 39: Die persönlichen Rechte sind entweder Machterweiterungen der Person als solcher, ihr verliehen um ihretwegen, oder sie sind Ausflüsse einer Familienverbin-

Digitized by Google

этой особенности, какова связь между нею и юридическою природою семейныхъ правъ? Виндшейдъ, мнѣніе котораго раздѣляется очень многими, видитъ эту связь въ слѣдующемъ: правопорядокъ застаетъ семью какъ союзъ лицъ, объединенныхъ нравственными обязанностями. Семейныя права признаются правопорядкомъ ради этихъ обязанностей, которыя такимъ образомъ являются въ данномъ случаѣ главнымъ, доминирующимъ элементомъ, а не—какъ въ другихъ случаяхъ, — обратною стороною права. Виндшейдъ, впрочемъ, оговаривается, что сказанное не соотвѣтсвуетъ первоначальнымъ воззрѣніямъ римскаго права, по которымъ власть отца и мужа не отличалась отъ правъ, принадлежавшихъ управомоченному ради собственныхъ его интересовъ. Болѣе опредѣленно и конкретно высказываетъ ту же мысль Нейнеръ: «Одной общности домашней жизни, говоритъ онъ, еще недостаточно для характеристики семейныхъ правъ или «правоотношеній семейной жизни» (Нейнеръ отождествляетъ эти два понятія). Имъ еще свойственна «естественная тенденція, въ силу которой одно лицо ставится подъ покровительство и поэтому (!) также подъ — по меньшей мѣрѣ соотвѣтствующую покровительству — власть другого лица»[1]). Власть, по его мнѣнію, санкціонируется и охраняется отъ посягательства третьихъ лицъ какъ положеніе, коимъ глава семейства надѣляется по отношенію къ подчиненнымъ членамъ семейнаго союза ради ихъ защиты.

Изложенныя ученія изображаютъ семейныя «права» или семейную власть какъ неразрывное сочетаніе, въ лицѣ главы семейнаго союза, правъ и обязанностей, вытекающихъ изъ идеи и цѣли этого союза. Но такому представленію, по господствующему словоупотребленію, болѣе соотвѣтствуетъ терминъ «правоотношеніе», чѣмъ «субъективное право», ибо рѣчь идетъ не только о томъ, чѣмъ надѣляется управомоченный, а о всемъ юридическомъ содержаніи отношенія между двумя лицами.

Болѣе существенно другое соображеніе, на которое наводитъ это ученіе. Семейный союзъ не единственный, построенный на авторитарныхъ началахъ, т.-е. на власти и подчиненіи, союзъ, составляющій предметъ частноправовой нормировки. Такой же характеръ имѣетъ громадное большинство хозяйственныхъ предпріятій и тѣсно примыкающее къ семейному союзу домашнее хозяйство, когда въ его составъ входитъ наемная прислуга.

---

dung, in welcher die Person steht. Regelsberger, Pand., стран. 203: Die Familienverhältnisse zeigen uns die Subjekte als Glieder eines Verbandes, Arndts, Pand. § 55, Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866), стран. 28 и др.

[1]) Указ. соч., стран. 30.

Digitized by Google

Чѣмъ же, спрашивается, семейная власть принципіально отличается отъ хозяйской и вообще отъ другихъ юридически релевантныхъ видовъ власти встрѣчающихся въ гражданскомъ правѣ и за его предѣлами, если она не является разновидностью болѣе общаго понятія о власти?

Намеки на существованіе такого болѣе общаго понятія «власти надъ человѣкомъ» мы въ литературѣ встрѣчаемъ довольно часто. Уже Савиньи[1]) различалъ, на ряду съ «естественными семейными институтами», искуственные, т.-е. созданные положительнымъ правомъ по типу первыхъ. Нейнеръ прямо указываетъ[2]), что «семейныя отношенія не единственныя частноправовыя отношенія власти и покровительства», но утверждаетъ, что «для современнаго римскаго права только первыя имѣютъ значеніе правоотношеній». Однако, прибавляетъ онъ, «мы не должны скрывать, что родовое понятіе о частноправовомъ отношеніи власти и подчиненія, однимъ изъ видовъ которыхъ являются семейныя отношенія, могло бы быть болѣе плодотворно использовано».

У цѣлаго ряда юристовъ мы въ общей части гражданскаго права среди видовъ субъективныхъ правъ находимъ особую категорію «правъ надъ чужою личностью». Уже Пухта[3]) упоминаетъ о нихъ, противополагая ихъ правамъ на чужія дѣйствія и правамъ на собственную личность. Ихъ специфическая особенность, учитъ онъ, тѣсно связана съ особенностью ихъ объекта,— человѣческой личности, — и заключается въ томъ, что подчиненіе тутъ не можетъ быть столь полнымъ, какъ подчиненіе вещи, не можетъ охватить всей личности въ цѣломъ. «Всякое право надъ человѣкомъ есть частичная власть», и вслѣдствіе этого заключаетъ въ себѣ «возможность взаимной власти». «Элементъ взаимности присущъ всякому настоящему и чистому праву надъ личностью въ томъ смыслѣ, что управомоченный въ то же время состоитъ объектомъ чужого, хотя и не того же права. Благодаря этому личность, находясь подъ властью, сохраняется и избѣгаетъ участи вещи, т.-е. полнаго поглощенія»[4]).

---

[1]) System, § 55. Ср. также Kuntze, Systemati juris civilis hodierni doctrina de jure tutelae (1851). Онъ учитъ, что на ряду съ обязательственными и семейственными отношеніями существуетъ категорія «особыхъ обязательствъ, смѣшанныхъ съ подчиненіемъ домашней власти», къ которымъ онъ относитъ опеку, отношенія между хозяевами и слугами, мастеромъ и учениками, капитаномъ и экипажемъ. Подобная систематизація нерѣдкое явленіе въ учебникахъ германскаго и англо-американскаго права. Ср. напр., Walter, Deutsches Privatrecht, § 90 сл. Eversley, Law of the domestic relations (3-е изд. 1906).

[2]) Указ. соч., стран. 40.

[3]) Institutionen (1-е изд. 1841 г., 10-е изд. 1891 г.), § 30.

[4]) Тамъ же, 10-е изд., стран. 49.

Digitized by Google

Пухта, также какъ Виндшейдъ, подчеркиваетъ связь «правъ надъ личностью» съ лежащими на ихъ обладателѣ обязанностями и тѣмъ самымъ квалифицируетъ ихъ, въ сущности, какъ правоотношенія. Терминъ «взаимность» имъ употребляется не въ обычномъ смыслѣ синаллагмы, а означаетъ, что власть надъ человѣкомъ по своей природѣ порождаетъ права не только для властвующаго, но также для подвластнаго[1]). Пухта объясняетъ это естественными свойствами человѣческой личности. Однако тоже самое явленіе мы нерѣдко наблюдаемъ въ области обязательственныхъ отношеній. Пухта не даетъ отвѣта на вопросы, чѣмъ право надъ человѣкомъ отличается отъ обязательственнаго требованія и что, кромѣ формальнаго момента взаимности, входитъ въ это понятіе.

Попытки разрѣшенія этихъ вопросовъ[2]) дѣлались и государствовѣдами и теоретиками права и цивилистами, но, за немногими исключеніями, либо примѣнительно къ одной только государственной власти, либо въ формѣ теоретическихъ обобщеній, внѣ связи съ относящимися къ отдѣльнымъ видамъ власти догматическими положеніями въ современныхъ законодательствахъ. Въ нашей юридической литературѣ взглядъ на власть, какъ на разновидность субъективныхъ правъ, наиболѣе подробно обоснованъ Ѳ. Ѳ. Кокошкинымъ[3]). Онъ видитъ въ власти «спеціальный видъ субъективнаго права, отличающійся отъ другихъ его видовъ тѣмъ, что дѣйствія, которыя составляютъ предметъ обязанности, не опредѣлены заранѣе нормой права, а опредѣляются въ извѣстныхъ предѣлахъ волею субъекта права». По мнѣнію этого

---

[1]) Герберъ, воспользовавшійся ученіемъ Пухты для выясненія природы государственной власти, говоритъ о «Gegenrechte», принадлежащихъ подданнымъ по отношенію къ носителю власти. См. «Grundzüge», стран. 44 и «Beilage» II. Ср. также Kohler, Lehrb. des bürg. Rechts (1906), I, стран. 448. Иначе понимаетъ слово «взаимность» Шершеневичъ, Общая теорія, стран. 596.

[2]) Rosin въ привед. выше сочиненіи, стран. 298, указываетъ, что «сущность и юридическая природа правъ власти (Herrschaftsrechte) по сравненію съ другими правами до сихъ поръ.... не изслѣдованы». Десять лѣтъ спустя Еллинекъ, Syst. d. subj. Rechte, стран. 205, пишетъ: «Было бы достойно благодарности, если бы различныя властныя отношенія (Gewaltverhältnisse) не только, какъ это обыкновенно дѣлается, кратко намѣчались, а подвергались изслѣдованію въ ихъ взаимной связи». На этотъ призывъ до сихъ поръ еще никто не откликнулся. Сочиненіе проф. Байкова «Междувластныя и властныя отношенія» при всей его оригинальности, мало способствуетъ выясненію юридической природы власти, такъ какъ оно подходитъ къ проблемѣ съ гносеологической, а не юридической точки зрѣнія. Интересный очеркъ С. Франка «Проблема власти», напечат. въ «Вопросахъ Жизни» (мартъ 1905 г.), названъ самимъ авторомъ «соціально-психологическимъ этюдомъ». Юридической сущности понятія о власти этотъ авторъ не затрогиваетъ.

[3]) Лекціи, стран. 191 сл.

Digitized by Google

ученаго, слѣдовательно, сущность власти заключается въ наличности извѣстнаго простора для автономнаго проявленія управомоченнымъ своей воли по отношенію къ подвластному, для «приказыванія», въ то время, какъ должникъ обязанъ только къ исполненію точно опредѣленныхъ дѣйствій. Его взлядъ имѣетъ много общаго съ упомянутымъ нами выше ученіемъ Розина, Рема и др., усматривающихъ отличительный признакъ власти въ томъ, что она основывается на «собственномъ правѣ» властвующаго, а не на согласіи подвластнаго или на другомъ фактѣ.

Нѣтъ сомнѣнія, что съ понятіемъ о власти дѣйствительно соединяется представленіе о возможности въ извѣстныхъ предѣлахъ «приказывать» т.-е. автономно опредѣлять требуемое отъ другого лица поведеніе, представленіе о своего рода бланкетныхъ обязанностяхъ подвластнаго. Когда договоромъ или закономъ точно предусмотрѣно все, въ чемъ конкретно должны проявляться дѣйствія обязаннаго, мы не говоримъ о «власти надъ человѣкомъ». Но нельзя утверждать обратнаго. Не всегда, когда управомоченному предоставленъ извѣстный просторъ относительно «дѣйствій», которыя онъ можетъ требовать отъ обязаннаго лица, мы имѣемъ дѣло съ властью. Кредиторъ не только можетъ ничего не требовать или требовать меньше, чѣмъ ему слѣдуетъ, очень часто ему предоставляется выборъ мѣста или времени исполненія, выборъ между нѣсколькими дѣйствіями, вообще нѣкоторая свобода усмотрѣнія. Съ другой стороны, содержаніе власти не исчерпывается возможностью требовать отъ подчиненнаго тѣхъ или другихъ дѣйствій. Властвующій опредѣляетъ въ извѣстной мѣрѣ поведеніе подвластнаго, образъ и внѣшнія условія его жизни. Родители и опекуны заставляютъ дѣтей учиться и ходить въ церковь, отдаютъ ихъ въ ученіе, опредѣляютъ вообще «родъ жизни», мужъ сообщаетъ женѣ фамилію и состояніе, выбираетъ мѣсто жительства, разрѣшаетъ ей наниматься, хозяева распредѣляютъ время работы и отдыха, нерѣдко назначаютъ жилище, пищу и т. д. Поэтому то обстоятельство, что «дѣйствія, составляющія предметъ обязанности», устанавливаются одностороннею волею субъекта правъ, само по себѣ еще недостаточно для опредѣленія юридическаго понятія о власти.

Признакъ автономности, въ томъ смыслѣ, какъ его понимаютъ Розинъ и его послѣдователи, вызываетъ еще другое возраженіе. Устанавливая особую категорію субъективныхъ правъ (Herrschaftsrechte), Розинъ опредѣляетъ ихъ, какъ «права личности, вытекающія изъ ея собственной власти, права, существованіе которыхъ имѣетъ свое постоянное (fortdauernd) основаніе въ самихъ

Digitized by Google

себѣ, т.-е. въ признанной и нормированной (geordnet) правопорядкомъ волѣ властвующаго, но не въ волѣ обязаннаго лица»[25]). Это опредѣленіе, какъ мы уже указывали выше, построено на ложномъ представленіи о санкціонированной закономъ силѣ. «Признанная и нормированная правопорядкомъ» воля властвующаго возводится въ «основаніе правъ» и въ источникъ обязанностей. Въ томъ, что управомоченный въ отведенной ему сферѣ самъ себѣ господинъ, что онъ ни отъ кого не зависитъ, по мнѣнію Розина, заключается «юридическій» признакъ права власти. Однако современныя законодательства отнюдь не ограничиваются узаконеніемъ воли властвующаго. Наоборотъ въ тѣхъ случаяхъ, когда они признаютъ и нормируютъ власть, они, какъ мы увидимъ ниже, ставятъ ее въ опредѣленныя правовыя рамки, направляютъ ее по опредѣленному руслу, устанавливаютъ лежащія на управомоченномъ обязанности, словомъ подчиняютъ ее — по крайней мѣрѣ въ области частнаго права — задачамъ той организаціи, въ предѣлахъ которой она главенствуетъ. Конструированное Розинымъ «право власти», построенное на представленіи о суверенномъ положеніи или фактической независимости управомоченнаго, соотвѣтствуетъ не современнымъ правовоззрѣніямъ, а отжившимъ воззрѣніямъ прежнихъ эпохъ.

Сказанное относится также къ ученію Шершеневича[26]). Возражая противъ квалификаціи власти какъ воли на томъ основаніи, что «власть предполагаетъ способность сдѣлать свою волю мотивомъ поведенія другихъ», и противъ ея отождествленія съ силою, потому, что «можно имѣть силу и не имѣть воли властвовать», Шершеневичъ видитъ въ власти «комбинацію силы и воли». Сообразно съ этимъ онъ опредѣляетъ государственную власть, какъ «основанную на самостоятельной силѣ волю однихъ (властвующихъ) подчинить себѣ волю другихъ (подвластныхъ»). Однако ни государственная, ни какая-либо другая власть съ точки зрѣнія права не является волею, которая, опираясь на силу, можетъ творить, что ей угодно. Всякая власть связана извѣстными задачами и составляетъ элементъ порядка и организаціи, а не произвола. Шершеневичъ такъ же, какъ Кокошкинъ, односторонне выдвигаетъ моментъ простора, отведеннаго властвующему для проявленія своей воли, оставляя безъ вниманія не менѣе существенный для понятія о власти элементъ связанности властвующаго[27]).

---

[25]) Rosin, указ. соч., стран. 299 сл.

[26]) Общая теорія, стран. 224.

[27]) Къ какимъ практическимъ результатамъ приводитъ взглядъ на власть какъ на автономную волю, показываетъ ученіе французскаго юриста Demogue, Les notions fondamentales du droit privé (1911), стран. 600 сл. Онъ соеди-

Digitized by Google

Такою односторонностью должна по необходимости страдать всякая теорія, усматривающая во власти надъ человѣкомъ субъективное право. Коррективы, вынесенные Виндшейдомъ (преобладаніе элемента долга), Пухтою (взаимность), Бирлингомъ (активное подчиненіе со стороны другихъ лицъ) и другими[28]), только подчеркиваютъ, что власть не есть ни охраняемая правопорядкомъ воля, ни сила, ни интересъ властвующаго, а правоотношеніе между двумя или болѣе лицами, въ которомъ на каждой сторонѣ имѣются права и обязанности. О «правѣ власти» можно было бы говорить лишь въ томъ случаѣ, если бы управомоченный надѣлялся властью исключительно въ своемъ интересѣ. «Распоряженіе въ чужомъ интересѣ, говоритъ Коркуновъ[29]), есть прежде всего обязанность. Элементъ права привходитъ тутъ лишь настолько, насколько распоряжающійся можетъ требовать подчиненія своимъ распоряженіямъ». Современное право не относится безразлично къ тому, какъ лицо, надѣленное частноправовою властью, ею пользуется, и не полагается, подобно римскому праву, всецѣло на этику, религію и другія мотивационныя силы. Тѣмъ не менѣе подъ вліяніемъ римскаго права мысль современныхъ юристовъ еще упорно держится представленія о власти, какъ простора для автономнаго проявленія воли властвующаго лица.

Значительный шагъ впередъ по пути къ разрѣшенію нашей проблемы составляетъ ученіе проф. Петражицкаго. Этотъ ученый, въ связи съ обоснованною имъ психологическою теоріею, не различаетъ понятій права (въ субъективномъ смыслѣ),

---

няетъ въ одну группу всѣ сдѣлки, устанавливающія частноправовую власть (autorité privée) и относитъ сюда договоръ довѣренности, дареніе и завѣщаніе sub modo, оптативный легатъ, всякое соглашеніе, создающее монопольное положеніе (тресты), наконецъ всѣ договоры, которыми одна (экономически болѣе слабая) сторона только принимаетъ условія, диктуемыя другою или обязуется исполнять въ извѣстныхъ предѣлахъ все, что контрагенту угодно будетъ требовать. Послѣдняя категорія въ свою очередь въ новѣйшей французской литературѣ нерѣдко выдѣляется въ особую группу подъ названіемъ contrats d'adhésion, изобрѣтеннымъ, если мы не ошибаемся, Салейломъ (De la déclaration de volonté, 1901, стран. 229). См. Dollat, Les contrats d'adhésion (Thèse, Paris 1905), Dereux въ Revue trimest. 1910, стран. 503 и сл.

[28]) См. напр., Kärger, Zwangsrechte (1882), стран. 211. Объединивъ всѣ виды частноправовой власти въ одну группу подъ своеобразнымъ названіемъ «Hausrechte», Кергеръ усматриваетъ ихъ отличительный признакъ въ томъ, что отъ обязаннаго лица можно требовать не только проявленія воли въ извѣстныхъ дѣйствіяхъ, но также извѣстнаго направленія воли, напр. послушанія, любви, признательности и т. п.

[29]) «Госуд. право», изд. 7-е, стран. 46. Коркуновъ, отвергая волевую теорію, признаетъ юридическимъ отношеніемъ не государственную или семейную власть, а само государство и семью. Власть онъ считаетъ «объектомъ государственнаго отношенія» и отождествляетъ ее съ «дѣйствіями, въ которыхъ выражается осуществленіе власти». См. литер., указ. на стран. 43 и въ добавочной главѣ редакторовъ, § 4 bis.

Digitized by Google

правоотношеній и правовыхъ обязанностей. Они сливаются у него въ единое понятіе извѣстнаго рода, эмоціональныхъ проекціяхъ, точнѣе о «долгахъ однихъ, закрѣпленныхъ за другими, въ смыслѣ проекцій на почвѣ императивно-атрибутивныхъ эмоцій» (§ 29). Власть, это одинъ изъ объектовъ, которыми императивно-атрибутивная психика надѣляетъ разныхъ субъектовъ, «особый видъ приписываемыхъ извѣстнымъ лицамъ правъ». «Мы можемъ опредѣлить подлежащія права, говоритъ авторъ, какъ правоотношенія, состоящія въ обязанностяхъ однихъ (подвластныхъ) исполнять извѣстныя или вообще всякія приказанія другихъ (надѣленныхъ властью) и терпѣть извѣстныя или вообще всякія воздѣйствія со стороны этихъ другихъ; обязанности этого содержанія закрѣплены за другими какъ ихъ права (притязанія на послушаніе и правомочія на соотвѣтственныя дѣйствія, напр. тѣлесныя наказанія, выговоры и т. п. по отношенію къ подвластнымъ)». Власть въ указанномъ смыслѣ подраздѣляется имъ 1) на общую и спеціальную, 2) на служебную или соціальную и господскую. «Общія власти обнимаютъ правоотношенія, состоящія изъ обязанности повиноваться всякимъ велѣніямъ другой стороны», и терпѣть всякія воздѣйствія, за исключеніемъ особо изъятыхъ. Спеціальныя обнимаютъ «ограниченныя опредѣленною областью поведенія обязанности однихъ — права другихъ». Подъ служебными или соціальными властями авторъ подразумѣваетъ такія «власти съ которыми сочетаются (правовыя) обязанности заботиться о благѣ подвластныхъ или объ общемъ благѣ извѣстнаго общественнаго союза (семьи, рода, племени и т. д.) и которыя подлежатъ осуществленію въ предѣлахъ этой обязанности и какъ средство ея исполненія». Господскими онъ называетъ «власти, подлежащія свободному пользованію со стороны господина для своихъ личныхъ, имущественныхъ или иныхъ цѣлей и интересовъ». Въ первомъ случаѣ «субъектъ власти исполняетъ служебную роль по отношенію къ подвластнымъ или къ общественной группѣ, въ которой онъ надѣленъ властью для заботы объ общемъ дѣлѣ», во второмъ «субъектъ власти является цѣлью, а подвластные являются средствомъ, играютъ служебную роль». Къ «господскимъ» авторъ причисляетъ власть господина по отношенію къ рабу, помѣщика по отношенію къ крѣпостнымъ, «барина» и «хозяина» по отношенію къ батракамъ и служащимъ. «Въ составъ объективныхъ представленій сознанія соціально-служебныхъ властей входятъ представленія блага подвластныхъ или соціальной группы, служенія имъ или общему дѣлу, представленія, заключающія въ себѣ соотвѣтственныя директивы для

Digitized by Google

поведенія и ограниченіе сферы примѣненія подлежащихъ воздѣйствій на подвластныхъ, приказовъ, наказаній и пр.: между тѣмъ какъ въ составѣ объективныхъ представленій сознанія господской власти, напр., по отношенію къ рабу, такихъ представленій и соотвѣтственныхъ директивовъ и ограниченій поведенія не имѣется»[30]).

Проф. Петражицкій пытается дать общее теоретически безупречное опредѣленіе, охватывающее всѣ виды власти надъ человѣкомъ, съ которыми мы встрѣчаемся въ исторіи права. Съ этой точки зрѣнія его ученіе, на нашъ взглядъ, не вызываетъ никакихъ возраженій. Но современное правосознаніе уже не знаетъ ни рабства, ни крѣпостной зависимости, не допускаетъ ни безграничнаго повиновенія одного человѣка другому, ни «терпѣнія всякихъ воздѣйствій». Оно принципіально не мирится съ превращеніемъ человѣческой личности въ средство для цѣлей другого чѣловѣка дальше извѣстнаго предѣла и безъ должныхъ гарантій. Даже по отношенію къ наиболѣе обширной власти — государственной — повиновеніе требуется лишь въ опредѣленныхъ формахъ и границахъ, а терпѣніе воздѣйствія обязательно только при наличности опредѣленныхъ, установленныхъ объективнымъ правомъ, условій. За этими границами и внѣ этихъ условій подданные подчиняются не власти, а насилію. Даже самая «эгоцентрическая» власть — хозяйская — никогда по праву не охватываетъ всей личности подвластнаго человѣка, а только опредѣленныя стороны, и не свободна отъ элемента обязанностей по отношенію къ послѣднему[31]). Въ такомъ измѣненіи нашей правовой психики заключается одно изъ самыхъ цѣнныхъ завоеваній этической культуры и юристъ-

---

[30]) Авторъ противополагаетъ право соціальнаго служенія праву лично свободному (отъ служенія) и отождествляетъ первое съ публичнымъ и второе съ частнымъ правомъ (указ. соч., 2-е изд. 50). Сообразно съ этимъ господскія власти отнесены имъ къ частному, а соціально-служебныя къ публичному праву. Мы не будемъ касаться этой стороны ученія проф. Петражицкаго, тѣсно связанной съ его оригинальной теоріей о централизаціи и децентрализаціи какъ критеріяхъ для разграниченія частнаго и публичнаго права (указ соч., стран. 706 и сл., «Lehre vom Einkommen», т. II, стран. 462 сл.). Ср. Михайловъ, Новое ученіе о частномъ и публичномъ правѣ, въ «Юрид. Зап. Демид. Юрид. Лицея», за 1912 г., вып. IV, стран. 567 сл.

[31]) Съ другой стороны самыя «соціоцентрическія» власти, какъ государственная, опекунская, родительская всегда служатъ въ то же время личному интересу властвующаго, даютъ ему извѣстныя права, въ пользованіи которыми онъ лично заинтересованъ. Михайловъ въ указ. соч., стран. 599 сл. это упускаетъ изъ виду, усматривая разницу между «соціальнымъ или публично-правовымъ» служеніемъ и «частнымъ«, въ томъ, что первое имѣетъ «соціоцентрическое», второе «эгоцентрическое» направленіе. Этотъ авторъ вноситъ цѣнный коррективъ въ ученіе Петражицкаго указаніемъ, что во всякой власти содержится элементъ служенія, но онъ не можетъ отрѣшиться отъ мысли, что господская (частноправовая) власть составляетъ «властвованіе безконтрольное, неограниченное по своей идеѣ» (стран. 601).

Digitized by Google

догматикъ при опредѣленіи понятія о власти въ современномъ правѣ не можетъ съ нимъ не считаться. Категоріи «общихъ» и «господскихъ» властей, о которыхъ говоритъ проф. Петражицкій, отошли въ область исторіи. Власть можетъ быть болѣе или менѣе обширною, но она въ настоящее время всегда обнимаетъ только «ограниченныя опредѣленною областью обязанности однихъ и права другихъ». Всякая власть въ современной правовой жизни есть соціально-служебная функція и составляетъ элементъ организаціи, преслѣдующей извѣстныя, не безразличныя для общества и государства, цѣли. Власти, которою управомоченный надѣляется только «для своихъ личныхъ, имущественныхъ или иныхъ цѣлей и интересовъ», не существуетъ. Приведенныя проф. Петражицкимъ для примѣра власти надъ прислугою, приказчикомъ, рабочимъ вовсе не принадлежатъ хозяину только ради удовлетворенія его интересовъ[32]). Авторитарная организація хозяйственныхъ предпріятій, по господствующимъ воззрѣніямъ, представляетъ въ то же время относительно лучшую форму для удовлетворенія интересовъ трудящихся, не имѣющихъ собственнаго капитала, и интересовъ народнаго хозяйства. Современное правосознаніе и дѣйствующія законодательства поэтому ставятъ «свободному пользованію» хозяйскою властью весьма ощутительные предѣлы, нерѣдко подчиняютъ его государственному контролю и связываютъ хозяевъ законными обязанностями, не имѣющими ничего общаго съ ихъ личными интересами. Сущность и значеніе власти, какъ явленія правовой жизни и какъ фактора правовой психики, заключаются именно въ присущемъ ей элементѣ соціальнаго служенія. Она не просто отношеніе, при которомъ одна сторона можетъ «приказывать» или «воздѣйствовать», а другая должна повиноваться и терпѣть. Она въ то же время составляетъ внутренній строй организаціи или союза, по общему убѣжденію необходимый или наиболѣе цѣлесообразный для осуществленія ими тѣхъ задачъ, ради которыхъ они существуютъ и охраняются правопорядкомъ.

---

[32]) Предложенный имъ (стран. 729) способъ разспросовъ отцовъ семейства, съ одной стороны, и хозяевъ, съ другой, для установленія ихъ пониманія сущности ввѣренной имъ власти, далъ бы въ современномъ государствѣ, по нашему убѣжденію, существенно иные результаты, чѣмъ тѣ, которыхъ ожидаетъ авторъ. Глава крестьянской трудовой семьи въ не меньшей мѣрѣ считаетъ своихъ дѣтей принадлежащею ему рабочею силою, которою онъ располагаетъ «въ своемъ интересѣ», чѣмъ любой хозяинъ своихъ наемныхъ слугъ, и наоборотъ глава хозяйственнаго предпріятія едва ли станетъ утверждать, что онъ свободенъ отъ обязанностей по отношенію къ своимъ рабочимъ и служащимъ. Ходячая фраза, которую можно услышать отъ любого фабриканта или торговца, гласитъ: порядокъ, установленный мною въ моемъ дѣлѣ, и успѣхъ моего дѣла, полезны моимъ рабочимъ и служащимъ и даже государству не меньше, чѣмъ мнѣ самому.

Digitized by Google

Мысль, что власть надъ человѣкомъ составляетъ элементъ организаціи, имѣющій цѣлью способствовать осуществленію ея задачъ, не разъ высказывалась въ литературѣ, но особенно настойчиво и убѣдительно значеніе этого обстоятельства для правовой нормировки всѣхъ видовъ власти въ гражданскомъ правѣ подчеркивается Оттономъ Гирке. Въ своемъ классическомъ изслѣдованіи о германскомъ союзномъ правѣ [33]) онъ показалъ, какъ изъ двухъ ячейекъ, изъ рода и семьи, развились два типа ассоціацій людей: союзный и господскій. Въ первомъ носителемъ правовой сферы является вся совокупность участниковъ, во второмъ — господинъ, при чемъ первоначально его положеніе какъ главы союза, по господствовавшимъ воззрѣніямъ, сливалось съ его индивидуальною правовою сферою. Впослѣдствіи подъ вліяніемъ римскаго и каноническаго права союзныя и господскія образованія большею частью подводились юристами подъ корпораціи и учрежденія, иными словами, тѣ и другія стали разсматриваться какъ юридическія лица. Однако въ жизни продолжали существовать «личноправовыя соединенія», не выступавшія въ оборотѣ какъ самостоятельные субъекты правъ и обязанностей, хотя они и составляли опредѣленные типы соціальной организаціи.

Въ другихъ сочиненіяхъ, посвященныхъ современному праву [34]), Гирке доказываетъ, что «Personengemeinschaften» господскаго типа играютъ и въ дѣйствующемъ правѣ весьма крупную роль. Наука и законодательства только не обращаютъ должнаго вниманія на ихъ истинную природу, а либо втискиваютъ ихъ въ понятіе о юридической личности, либо расчленяютъ ихъ на рядъ индивидуальныхъ отношеній. Въ жизни, однако, по словамъ Гирке, мысль о личноправовомъ общеніи между властвующимъ и подвластнымъ мощно прокладываетъ себѣ дорогу. Законодательство развило ее въ рядѣ построенныхъ на ней положеній (Folgesätze), но до сихъ поръ не рѣшалось принципіально признать ее. «Господскіе союзы, говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ [35]), не перестаютъ быть тѣмъ, чѣмъ они въ дѣйствительности являются, потому что ихъ не хотятъ замѣчать».

Типами такихъ господскихъ союзовъ или, какъ Гирке ихъ называетъ, «соединеній въ силу господской власти (Gemeinschaften kraft herrschaftlicher Gewalt)» въ современномъ частномъ правѣ являются [36]):

---

[33]) «Das deutsche Genossenschaftsrecht», 3 тома (Berlin 1878—1883).

[34]) См. особенно «Deutsches Privatrecht» (1895), т. I, стран. 231 сл., 456 сл., § 79 и 80a, и «Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzb.» (1889), стран. 191 сл.

[35]) «Soziale Aufgabe des Privatrechts», стран. 40, Ср. также «Genossenschaftstheorie», стран. 803, прим. 3.

[36]) «Deut. Privatr», стран. 699 сл.

Digitized by Google

домъ въ двухъ его развѣтвленіяхъ какъ семья и какъ отношеніе между домовладыкою и наемными слугами, хозяйственныя предпріятія и корабельная власть. Во всѣхъ этихъ случаяхъ «личность властвующаго расширяется присоединеніемъ къ ней общей сферы, въ которую подвластные входятъ частью своей личности». Насколько они въ нее входятъ, они подчиняются главѣ этой сферы, и онъ становится ихъ представителемъ. Его положеніе даетъ ему права, но также возлагаетъ на него обязанности: подвластные должны ему повиноваться и служить, онъ же долженъ имъ оказывать покровительство и попеченіе»[37]). Осуществленіе власти и связанныхъ съ нею обязанностей въ значительной мѣрѣ обезпечивается средствами публичнаго права.

По мнѣнію Гирке правовая структура господскихъ союзовъ и въ современномъ правѣ все еще построена на представленіи о соединеніи права личной власти съ представительствомъ и попеченіемъ[38]). Съ этимъ, однако, трудно согласиться. Какъ ни цѣнно выясненіе исторической преемственности, едва ли возвращеніе къ отжившимъ формамъ средневѣкового права можетъ способствовать пониманію природы власти при совершенно измѣнившихся политическихъ, соціальныхъ и культурныхъ условіяхъ современной жизни. Мы не видимъ также пользы отъ расчлененія властнаго отношенія на «право» господской власти и на господскія «обязанности» и отъ квалификаціи перваго какъ «расширенія личной сферы властвующаго присоединеніемъ къ ней общей сферы». Сущность власти, какъ правового явленія, заключается не въ расширеніи индивидуальной правовой сферы однихъ и ограниченіи другихъ, ибо это общее свойство всякаго правоотношенія, а въ томъ, что она является организующимъ элементомъ внутри опредѣленной соціальной клѣтки или группы и тѣмъ самымъ служитъ орудіемъ организаціонной функціи права. Однако, несмотря на уклоненіе въ сторону отжившихъ представленій, Гирке ведетъ науку и законодательства, на нашъ взглядъ, къ правильному и цѣлесообразному разрѣшенію проблемы. Для опредѣленія правовыхъ началъ, соотвѣтствующихъ природѣ власти, необходимо исходить изъ защищаемаго имъ положенія, что власть есть форма объединенія людей въ личноправовой союзъ, въ «индивидуальноправовое образованіе съ соціальноправовыми зачатками» (стран. 661), и служитъ однимъ изъ средствъ для осуществленія соціальныхъ функцій этихъ союзовъ[39]).

[37]) Тамъ же, стран. 701.
[38]) Тамъ же, стран. 661 сл.
[39]) Исходныя положенія Гирке усвоены Штейнбахомъ и Бернацикомъ. Первый различаетъ genossenschaftliche и herrschaftliche Verbände. Сдѣлки,

Digitized by Google

Ученіями Петражицкаго и Гирке проблема власти надъ человѣкомъ перенесена въ совершенно другую плоскость. Ихъ детальное развитіе обѣщаетъ неизмѣримо болѣе цѣнные результаты, чѣмъ безплодное квалифицированіе власти какъ силы или воли или какъ сочетаніе той и другой. Мы попытаемся, прежде чѣмъ формулировать опредѣленіе понятія власти и вытекающія изъ него общія положенія, выяснить взгляды и направленіе современныхъ законодательствъ.

II.

Гражданскіе кодексы, дѣйствовавшіе въ теченіе XIX вѣка, expressis verbis признаютъ возможность власти одного человѣка надъ другимъ только въ области семейныхъ отношеній. Семья какъ союзъ лицъ и какъ соціальная единица построена на принципѣ авторитета; главѣ ея принадлежитъ главенство надъ женою и дѣтьми. Элементъ права надъ личностью входитъ также въ отношенія опекуна къ опекаемому, исторически и догматически близкія къ родительской власти. Отношенія между хозяевами и слугами принципіально разсматриваются какъ взаимныя обязательства равноправныхъ лицъ. Присущій имъ элементъ власти и подчиненія гражданскіе кодексы либо игнорируютъ, либо соединяютъ съ домашнею властью, вслѣдствіе чего отношенія между хозяевами и слугами нормируются въ семейственномъ правѣ. Совершенно въ сторонѣ отъ гражданскихъ законовъ остались, наконецъ, тѣ разновидности хозяйской власти, въ которыхъ преобладаетъ публичноправовой элементъ: положеніе лицъ, состоящихъ на службѣ у государства или у органовъ самоуправленія и отно-

---

коими создаются эти союзы и регулируются внутреннія отношенія между ихъ членами, составляютъ общую категорію подъ названіемъ «организаціонныхъ сдѣлокъ» (въ противоположность къ оборотнымъ). Они направлены либо на организацію субъекта, либо на его восполненіе. Въ послѣднемъ случаѣ они устанавливаютъ между участниками союза отношеніе власти и подчиненія и, по утвержденію Штейнбаха, въ современной жизни обнаруживаютъ тенденцію къ замѣнѣ стремленія къ личной выгодѣ служеніемъ общему дѣлу и долгу. См. Emil Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation (1897), его же, Genossenschaftliche und herrschaftliche Verbände (1901). Бернатцикъ въ «Arch. für öff. Recht.», т. V, разбирая вопросъ о юридической личности присутственныхъ мѣстъ, попутно (стран. 2, 5 сл), указываетъ, что въ современномъ правѣ, на ряду съ юридическими лицами, существуютъ Majoritätsverbände и Autoritätsverbände. Къ послѣднимъ онъ причисляетъ семью, домашнее хозяйство, торговыя и промышленныя предпріятія и корабль во время плаванія. Особенность тѣхъ и другихъ состоитъ въ томъ, что тутъ не одни, а множество субъектовъ осуществляютъ единую цѣль. Въ авторитарныхъ союзахъ объединеніе достигается такимъ путемъ, что внутри организаціи всѣ подчиняются одной физической или коллективной волѣ. Это объединеніе и служитъ средствомъ для осуществленія общей цѣли, характеризующей данный союзъ какъ Gemeinwesen (стран. 240 сл.).

Digitized by Google

шенія между капитаномъ или шкиперомъ и экипажемъ. Первыя составляютъ предметъ публичнаго права[40]), вторыя отнесены къ морскому праву.

Сущность семейной власти опредѣляется всѣми кодексами прошлаго вѣка приблизительно въ однихъ и тѣхъ же выраженіяхъ. Мужъ — глава семейнаго союза[41]), глава семьи[42]), жена и дѣти должны ему повиноваться[43]). Власть надъ дѣтьми жена раздѣляетъ съ нимъ, но при разногласіи его мнѣніе имѣетъ рѣшающее значеніе[44]). Такова общая схема внутренняго строя семьи. Однако провозглашеніе принципа главенства мужа въ семьѣ еще не даетъ яснаго и точнаго представленія о юридической природѣ семейной власти. Достаточно самаго бѣглаго обзора исторіи этого института, самаго поверхностнаго сравненія его постановки въ правѣ отдѣльныхъ народовъ, чтобы убѣдиться, какъ различны могутъ быть его характеръ, содержаніе и объемъ. Римскіе юристы также, какъ современные, говорили, что pater familias appellatur, qui in domo dominium habet[45]) но слова dominium, potestas, manus въ ихъ устахъ имѣли совершенно особый смыслъ. Ими обозначалась юридическая возможность располагать чужою личностью какъ средствомъ для своихъ цѣлей, какъ объектомъ субъективнаго права. Подвластные были юридически свободными людьми, но ихъ правовая личность въ извѣстной мѣрѣ поглощалась тяготѣвшею надъ ними властью; они становились personae alieni juris. Глава дома не подлежалъ никакому контролю и формально не былъ обязанъ считаться съ интересами подвластныхъ. Такое представленіе о семейной власти въ Римѣ теоретически сохранилось до послѣдняго времени, хотя фактически ея характеръ и область ея примѣненія подверглись существеннымъ измѣне-

---

[40]) Элементъ хозяйской власти не имѣетъ опредѣляющаго значенія для юридической структуры отношеній между государствомъ и чиновниками; поэтому мы ихъ касаться не будемъ. Тамъ, гдѣ государство выступаетъ какъ частный предприниматель, къ нему примѣнимо сказанное ниже о хозяйской власти.

[41]) Прусское ALR. I § 184, «Der Mann ist das Haupt der ehelichen Gesellschaft»....

[42]) Австр. ABGB. § 91, «Der Mann ist das Haupt der Familie».

[43]) «Code civil», art. «La femme (doit) obéissance à son mari», Ср. titre IX, «de la puissance paternelle», «Св. Гр. Зак.» ст. 107: жена обязана повиноваться мужу своему какъ главѣ семейства....», гл. II: О власти родительской.

[44]) Это положеніе въ западныхъ кодексахъ высказывается expressis verbis, (прусское § 184, австр. § 147, «Code civil», art. 373). Нашъ Законъ молчитъ а въ литературѣ мнѣнія расходятся. См. Анненкова, Система рус. гражд. права, т. V, стран. 200 сл.; В. И. Синайскаго, Личное и имущественное положеніе замужней женщины (1910), стран. 199 сл.; Б. В. Попова: Мужъ — глава семейства, въ «Правѣ» за 1912 г., №№ 50 и 51, и указанную тамъ литературу вопроса.

[45]) Dig. 50, 16 l. 195 § 3.

Digitized by Google

ніямъ. Браки cum manu, т.-е. съ подчиненіемъ власти мужа уже въ эпоху XII таблицъ не были единственною формою брака, а ко времени христіанскихъ императоровъ они совершенно вышли изъ употребленія. При бракѣ sine manu жена сохраняла личную и имущественную самостоятельность, а власть мужа сводилась къ тому, что онъ могъ истребовать ее отъ третьихъ лицъ, удерживавшихъ ее противъ его воли. По отношенію къ дѣтямъ власть отца уже въ самый ранній періодъ не могла умалять ихъ публичныхъ правъ. Экономической эксплуатаціи нисходящихъ посредствомъ отдачи in mancipium очень рано были поставлены извѣстныя границы, право надъ жизнью и свободою дѣтей было отнято у отца, право наказанія было значительно урѣзано. Съ другой стороны право подвластныхъ дѣтей имѣть свое имущество и свободно распоряжаться имъ все расширялось, такъ что и они со временемъ могли достигнуть полной имущественной самостоятельности. Въ императорскій періодъ даже бывали случаи освобожденія дѣтей отъ отцовской власти, какъ наказаніе за злоупотребленіе ею[46]), и учащались случаи вмѣшательства магистратовъ въ споры между отцомъ и дѣтьми. Этика и общественное мнѣніе, въ свою очередь, значительно смягчали суровость юридической постановки семейной власти. Имѣются многочисленныя доказательства, что римскій домовладыка, по господствовавшимъ воззрѣніямъ, отнюдь не былъ свободнымъ отъ всякихъ обязанностей по отношенію къ подвластнымъ, а долженъ былъ считаться съ ихъ интересами. Іерингъ, быть можетъ, нѣсколько преувеличиваетъ, утверждая, что власть домовладыки разсматривалась какъ «ввѣренная ему государствомъ должность, за правильное веденіе которой онъ несъ отвѣтственность»[47]). Но нѣтъ сомнѣнія, что злоупотреблявшіе властью домовладыки встрѣчали отпоръ со стороны цензоровъ и осуждались общественнымъ мнѣніемъ, ибо patria potestas, по словамъ юриста Марціана, должна была проявляться не въ жестокостяхъ, а въ любовномъ отношеніи къ подвластнымъ[48]). Однако эти требованія въ Римѣ относились къ области нравовъ и совершенно не отразились на юридической концепціи семейной власти. Еще Гай, юристъ II вѣка, говоритъ, что власть римскаго patris familias представляетъ собою нѣчто совершенно исключительное, и что подобной ей не знаетъ ни одинъ народъ[49]).

---

[46]) См. Dig. 37, 12, l. 5.
[47]) Geist des röm. R. II, 1, стран. 197.
[48]) Dig. 48, 9, l. 5... patria potestas in pietate debet non atrocite consistere.
[49]) Gaius 1, 55... quod jus proprium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.

Digitized by Google

Такой же абсолютный характеръ первоначально имѣла также опекунская власть. Опека учреждалась на первыхъ порахъ въ виду заинтересованности сородичей въ цѣлости имущества подопечнаго, а не ради послѣдняго. Но тутъ мысль о защитѣ опекаемаго и о соціальномъ характерѣ института очень скоро взяла верхъ и получила опредѣляющее значеніе для его юридической природы [50]). Опека постепенно превратилась въ munus publicum, въ публичную должность, отъ принятія которой нельзя было отказываться безъ законнаго основанія. Уже въ концѣ республики юристъ Руфъ опредѣляетъ ее какъ «власть надъ свободнымъ человѣкомъ, созданную для того, чтобы охранять тѣхъ, кто по малолѣтству сами себя защищать не могутъ» [51]). Подобными же мотивами римскіе юристы объясняли существованіе опеки надъ неподвластными женщинами. Законъ, по ихъ словамъ, ограждаетъ женщину отъ ея собственной неопытности и легкомыслія [52]).

Совершенно другое понятіе о семейной власти мы находимъ въ позднѣйшемъ средневѣковомъ правѣ западныхъ народовъ [53]) и въ русскомъ правѣ московскаго и слѣдующихъ періодовъ [54]). Мысль о полномъ поглощеніи правовой личности подвластныхъ, о полномъ отождествленіи правовой сферы семьи и ея главы постепенно вытѣсняется представленіемъ о союзѣ правоспособныхъ лицъ, внутреннею жизнью котораго самовластно управляетъ домовладыка. Остальные члены семьи обязаны ему повиноваться, но они могутъ имѣть свое имущество и свою индивидуальную право-

---

[50]) Уже въ эпоху XII таблицъ родителямъ предоставлялось право назначенія опекуновъ въ завѣщаніи, а позднѣе, при отсутствіи завѣщательнаго распоряженія, ихъ назначали магистраты. Веденіе опеки находилось подъ своего рода общественнымъ надзоромъ. Растрата имущества могла влечь за собою уголовное преслѣдованіе (accusatio suspecti tutoris) со стороны любого гражданина и устраненіе опекуна, а также деликтный искъ о возмѣщеніи убытковъ въ двойномъ размѣрѣ. Впослѣдствіи этотъ контроль принялъ болѣе опредѣленныя формы. Надзоръ за опекуномъ возлагался на особаго магистрата и опекуны подвергались цѣлому ряду ограниченій.

[51]) Dig. 26, 1, l. 1 pr. Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.

[52]) Cicero, Pro Murenᾶ, 27: mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt. Гай, I, 44... propter animi levitatem.

[53]) Ср. Viollet, Histoire du droit civil (2 изд.), стран. 493 сл., Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht, т. IV, § 267, 275, 278 и 312, Bernard, L'histoire de l'autorité paternelle en France (1863), Lehmann въ «Jahrb. f. Dogm., т. 25, стран. 145 сл., Rive, Die Vormundschaft (1860), Gide-Esmein, Etude sur la condition de la femme (1885).

[54]) Ср. Шпилевскій, Семейныя власти у древнихъ славянъ и германцевъ (1869), Неволинъ, Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ, т. I, стран. 75 сл., 311 сл., Владимірскій-Будановъ, Обзоръ (3 изд.), стран. 440 сл., 457 сл., Загоровскій, Курсъ семейнаго права.

Digitized by Google

вую сферу. Ихъ имущество или вовсе изъято изъ подъ его власти или, находясь въ его пользованіи, должно служить интересамъ семьи. Праву распоряжаться личностью подвластныхъ ставятся опредѣленныя границы. Во внѣшнихъ отношеніяхъ глава семьи является законнымъ представителемъ подвластныхъ но они участвуютъ въ оборотѣ не только какъ его хозяйственные органы, но также, какъ субъекты собственныхъ правъ и обязанностей. Онъ лишь обязанъ защищать ихъ интересы и восполнять въ оборотѣ недостающую имъ дѣеспособность. Средневѣковое mundium также, какъ римская potestas, есть власть, но сущность ея не исчерпывается тѣмъ, что оно даетъ носителю власти извѣстныя права. Центръ тяжести юридическаго понятія о mundium'ѣ надъ женою и дѣтьми — по крайней мѣрѣ въ болѣе поздній періодъ — переносится на элементъ защиты, представительства, вообще на заботу о благѣ подвластныхъ. Рѣзкая грань между manus, potestas съ одной и опекою съ другой стороны постепенно сглаживается. Женѣ удѣляется обычаемъ и закономъ нѣкоторая автономная сфера внутри дома: «власть надъ ключами», а по отношенію къ дѣтямъ за нею признается родительская власть, на ряду съ отцовскою. «Царь семьи», говоритъ Віоле, «постепенно сближается со своимъ первымъ слугою и незамѣтно дѣлаетъ его участникомъ своей власти». Отцовская власть большею частью утрачиваетъ свой пожизненный характеръ и связывается съ множествамъ не только этическихъ, но строго юридическихъ обязанностей[55]). Она прекращается по достиженіи дѣтьми экономической самостоятельности или совершеннолѣтія. Подвластнымъ членамъ семьи въ гораздо большей мѣрѣ, чѣмъ въ Римѣ, предоставлена возможность обращаться къ помощи и защитѣ органовъ государства въ случаяхъ злоупотребленія мужемъ или отцомъ ввѣренною имъ властью[56]).

На ряду съ римскимъ и средневѣковымъ правомъ, дальнѣйшими факторами, оказавшими замѣтное вліяніе на постановку семейной власти въ кодексахъ XIX вѣка, были бытовыя воз-

---

[55]) Въ этомъ смыслѣ французское droit coûtumier, признавая дѣтей обязанными повиноваться родителямъ, въ то же время устанавливаетъ положеніе: droit de puissance paternelle n'a lieu, т.-е. отцовской власти въ римскомъ смыслѣ болѣе не существуетъ. Pothier и др. юристы склонны были понимать это такъ, что уже въ концѣ среднихъ вѣковъ отцовская власть уступила мѣсто родительской. Ср. v. Salis въ «Ztsch. f. Rechtsgeschichte» за 1886 г. germ. Abt., стран. 160 сл., Bernard, указ. соч., стран. 107 сл.

[56]) О признаніи за судомъ права принимать мѣры противъ злоупотребленія отцовскою властью упоминается въ цѣломъ рядѣ сборниковъ и законодательныхъ актовъ XVII-го и слѣд. вв. См. Stobbe-Lehmann, IV, стран. 382, прим. 2, Bernard, ук. соч. стран. 108, Planiol, Traité élém. I, § 1728 прим.

Digitized by Google

зрѣнія, сложившіяся въ связи съ патріархальнымъ строемъ семьи, ученія каноническаго и естественнаго права и раціоналистическая философія XVIII вѣка. Мы въ рамкахъ настоящей статьи не можемъ прослѣдить ихъ вліянія[57]). Замѣтимъ только, что въ нихъ кроются корни многочисленныхъ, лишенныхъ юридической санкціи, наставленій объ идеалѣ семейной жизни и о взаимныхъ обязанностяхъ членовъ семьи, которыми изобилуютъ гражданскіе кодексы. Мы не будемъ также подробно разбирать положеній этихъ кодексовъ. Всѣ они говорятъ о главенствѣ надъ женою и дѣтьми, но при этомъ одни изъ нихъ надѣляютъ главу семьи весьма широкими полномочіями по отношенію къ ихъ имуществу, другіе держатся системы имущественной раздѣльности, одни требуютъ разрѣшенія или участія мужа для всякихъ сдѣлокъ жены[58]), кромѣ особо указанныхъ закономъ, другіе только для тѣхъ, коими умаляется «право надъ ея личностью»[59]), одни въ извѣстныхъ случаяхъ предусматриваютъ возможность отмѣны судомъ распоряженій главы семейства или замѣны его согласія разрѣшеніемъ суда, другіе никакого контроля надъ его дѣйствіями не устанавливаютъ. Нашъ сводъ занялъ своеобразную позицію. Совершенно не ограничивая имущественной самостоятельности подвластныхъ, онъ въ то же время не указываетъ никакихъ границъ власти надъ личностью жены и дѣтей, такъ что судебная практика по возникающимъ въ этой области вопросамъ лишена какихъ бы то ни было директивъ, кромѣ общаго начала, что жена и дѣти должны повиноваться мужу и отцу, какъ главѣ семейства. Между тѣмъ, какъ мы убѣдились, это начало очень неопредѣленное, ибо санкція семейной власти еще не предрѣшаетъ вопроса объ ея объемѣ и о возможности контроля надъ ея осуществленіемъ.

Изъ кодексовъ начала XIX вѣка ни одинъ не усвоилъ крайностей римской концепціи власти, какъ расширенія правовой сферы одного лица за счетъ другихъ. Всѣ они стоятъ ближе къ средневѣковому взгляду. Подъ главенствомъ они разумѣютъ положеніе домовладыки, дающее ему извѣстныя права надъ личностью жены и дѣтей и ихъ имуществомъ и въ то же время возлагающее на него извѣстныя обязанности по отноше-

---

[57]) Ср. Marianne Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwickelung, гл. IV. и указанную тамъ (стран. 405) литер., а также Bernard указ. соч., стран. IX—XX.

[58]) Въ этомъ отношеніи дальше континентальныхъ законовъ шло до послѣдней четверти XIX вѣка англійское Common Law, по которому мужъ въ оборотѣ совершенно «прикрывалъ» жену (принципъ coverture).

[59]) Ср. ст. 196 прусскаго ALR... «wodurch die Rechte auf ihre Person gekränkt werden», редакція которой явно навѣяна римскимъ представленіемъ о manus mariti.

Digitized by Google

нію къ нимъ. Эти обязанности формулированы въ законѣ отчасти въ видѣ общихъ нравоученій (напр., мужъ долженъ любить, защищать жену, жить съ нею въ согласіи, родители должны совмѣстно руководить воспитаніемъ дѣтей и т. под.), отчасти въ видѣ конкретныхъ правовыхъ предписаній, (содержать жену и дѣтей, управлять ихъ имуществомъ и т. д.). Гражданскіе законы уже не выдвигаютъ въ той мѣрѣ, какъ средневѣковое право, элемента представительства и не возлагаютъ на главу семейства отвѣтственности за деликты подвластныхъ при отсутствіи собственной вины[60]). Однако, смутно сознавая разницу между властью и субъективнымъ правомъ, законодатель той эпохи все-таки не дошелъ до пониманія главенства въ семьѣ, какъ служенія ея интересамъ, и до яснаго и точнаго опредѣленія границъ правомѣрности власти надъ человѣкомъ въ гражданскомъ правѣ.

Посмотримъ теперь, какія тенденціи и правовыя воззрѣнія проявляются въ этомъ отношеніи въ судебной практикѣ и въ законодательствѣ XIX и XX вѣка. Для этой цѣли мы бѣгло прослѣдимъ правовую эволюцію отдѣльныхъ типовъ семейной власти, а также власти хозяина надъ слугами и рабочими. Опекунскую власть мы оставимъ въ сторонѣ, такъ какъ ея развитіе уже въ римскомъ правѣ и въ дѣйствующихъ кодексахъ доведено до его логическаго конца, т.-е. до признанія ея соціальною функцію, ввѣренною опекуну ради осуществленія лежащихъ на немъ обязанностей и отправляемой имъ подъ контролемъ государства или семьи. Позднѣйшіе законы и законопроекты въ этой области не вносятъ ничего существенно новаго. Они стремятся лишь къ усовершенствованію организаціи опеки и надзора за дѣятельностью опекуновъ.

Институтъ мужней власти въ своемъ современномъ видѣ одинаково далекъ отъ представленія о правѣ надъ чужой личностью и отъ мысли, что замужняя женщина неспособна участвовать въ оборотѣ и нуждается въ особой защитѣ. Въ основаніи положеній закона объ отношеніяхъ между супругами долгое время лежалъ принципъ каноническаго и естественнаго права единства супруговъ и сліянія ихъ правовой сферы подъ главенствомъ мужа, какъ носителя входящихъ въ нее правъ и обязанностей. Наиболѣе крѣпко державшіяся такого взгляда англоамериканскія законодательства первые же отвернулись отъ него, освободивъ

---

[60]) И тутъ англійское право стояло ближе къ средневѣковому, чѣмъ континентальное, допуская отвѣтственность мужа за правонарушенія (torts) жены.

Digitized by Google

въ 70 и 80 годахъ прошлаго вѣка женщину въ имущественномъ отношеніи почти всецѣло отъ опеки мужа[61]). На континентѣ попытка уравненія правъ мужа и жены и даже полнаго уничтоженія мужней власти была сдѣлана почти на сто лѣтъ раньше, въ эпоху французской революціи, но она не дала никакихъ реальныхъ результатовъ[62]). Тогда предполагалось основывать взаимныя права и обязанности супруговъ исключительно на свободномъ соглашеніи. Въ личномъ и имущественномъ отношеніи ихъ положеніе было признано совершенно равнымъ. Регуляторомъ на случай непримиримыхъ разногласій должны были служить широкая свобода развода и семейный трибуналъ изъ ближайшихъ родственниковъ. Всѣ эти проекты безслѣдно канули въ вѣчность. Созданный въ періодѣ отрезвленія кодексъ Наполеона оказался болѣе суровымъ по отношенію къ замужней женщинѣ, чѣмъ всѣ остальныя гражданскія уложенія той эпохи.

Судебная практика — особенно французская и англійская — въ теченіе всего XIX вѣка обнаруживаетъ явное стремленіе къ улучшенію положенія женъ[63]). Въ концѣ столѣтія и законодательство приходитъ ей на помощь, освобождая, въ частности, трудящуюся женщину отъ имущественной опеки мужа[64]), но самый принципъ главенства мужа и обязанности жены къ повиновенію остался непоколебленнымъ. Однако судебной практикѣ все же до нѣкоторой степени удалось включить власть надъ личностью жены въ правовыя рамки. Повсюду твердо проводилось положеніе, что она не обнимаетъ права наказыванія[65]) и что, выходя за извѣстныя границы, она становится недопустимымъ злоупотребленіемъ. Даже французскіе суды — правда, послѣ нѣкоторыхъ колебаній — высказались противъ права мужа контролировать переписку жены и ограничивать ея сношенія

---

[61]) О принципѣ legal identity и, въ частности, о положеніи: husband and wife are one and the husband is that one, см. Stephen, New Commentaries (1890), II, стран. 279 сл., Lehr, Eléments de droit civil anglais, § 120 сл., 124 сл. О Married women's property act см. тамъ же, а также M. Weber, указ. соч., стран. 361 сл., Синайскаго, указ. соч., стран. 270 сл. и «Encyclopaedia of the law of England s. v. husband and wife».

[62]) См. Синайскаго указ. соч., стран. 116 сл., Sagnac, La législation civile de la révolution française (Paris, these 1898), стран. 278, Lerebours-Pigeonnière, La famille et le Code civil въ «Livre de Centenaire» I, стран. 265 сл.

[63]) Французская юриспруденція, напр., при помощи теоріи о mandat présomptif, создала нѣчто налогичное германской Schlüsselgewalt. Ср. Binet, La femme dans le menage (1904).

[64]) См. Rouquet, Evolution du droit de famille (1909), стран. 88 сл., Charmont, Les transformations du droit civil (1912), стран. 75, Lesseps, Les droits de la femme mariée sur ses gains et salaires (1911).

[65]) Ср. рѣш. угол. касс. деп. за 1869 г., № 551.

Digitized by Google

съ родными[66]). Обязанность жены жить при мужѣ и слѣдовать за нимъ также признавалась не безусловно. Она отпадала, когда жена имѣла достаточно вѣскія основанія для отказа[67]). Но и при отсутствіи такихъ основаній судъ фактически былъ безсиленъ заставить жену вернуться къ покинутому ею супругу. Въ однихъ государствахъ, какъ у насъ, гражданскіе суды не располагаютъ средствами личнаго воздѣйствія. Въ другихъ, гдѣ допускаются штрафы и аресты противъ лицъ, не подчиняющихся требованію суда, примѣненіе этихъ мѣръ для возстановленія супружеской жизни единодушно отвергается[68]). У насъ административная практика, въ свою очередь, подрываетъ значеніе обязанности жены жить при мужѣ, допуская въ широкихъ размѣрахъ выдачу ей паспорта безъ его разрѣшенія[69]).

Въ тѣсной связи съ обязанностью къ совмѣстной жизни находятся ограниченія жены при совершеніи сдѣлокъ, могущихъ отвлечь ея силы или ея личность отъ семьи. Такими сдѣлками по нашему закону являются вступленіе въ договоръ личнаго найма и принятіе на себя вексельнаго обязательства. Послѣднее когда-то влекло за собою, въ случаѣ неисправности, личное задержаніе. Теперь это измѣнилось, но запрещеніе осталось. Оно, однако, фактически обезсилено тѣмъ, что, по толкованію Сената, вексель замужней женщины обязываетъ ее, какъ долговая расписка, на общемъ основаніи[70]). Требованіе согласія мужа на наемъ жены также толкуется нашею практикой ограничительно; оно относится только къ поступленію въ услуженіе, но не къ найму отдѣльныхъ услугъ[71]). Нѣкоторые спеціальные законы о наймѣ труда содержатъ положеніе, что выдача мужемъ женѣ отдѣльнаго вида на жительство замѣняетъ формальное разрѣшеніе наниматься. Къ сожалѣнію, сенатъ, вопреки мнѣнію видныхъ юристовъ, отказывается признать за нимъ значеніе общаго правила.

---

[66]) См. Charmont, стран. 85 сл., Rouquet, стран. 87.

[67]) Ср. напр., Koch, ALR, I, стран. 123, прим. 23, и обзоръ нашей кассац. практики у Синайскаго, стран. 205 сл.

[68]) См. Gauss, Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (1910), Chardon, Traité des trois puissances (1843), стран. 6 сл.; Planiol, Traité élem. de droit civil. I, § 89; Вормсъ и Ельяшевичъ. Зак. гражд. I. комментарій къ ст. 103 и указанную тамъ (стран. 253) литературу.

[69]) См. Вормсъ и Ельяшевичъ, Зак. гражд. I, стран. 238 сл.

[70]) См. бар. Нолькенъ, Уст. о векс., 5-е изд., стран. 20, Каминка, Уст. о векс. (изд. 3-е), стран. 64.

[71]) Ни законъ, ни практика не указываютъ мѣръ защиты трудящейся женщины отъ произвольнаго стѣсненія ея мужемъ (нерѣдко съ цѣлью вымогательства). Между тѣмъ даже кодексъ Наполеона открываетъ ей путь судебной защиты и, въ случаяхъ злоупотребленія, судейской авторизаціи. Ср. Code civil, art 218 и сл. Загоровскій, Курсъ семейнаго права, стран. 183.

Digitized by Google

По вопросу о перевѣсѣ голоса мужа въ случаѣ разногласія съ женою при осуществленіи родительской власти нашъ законъ, въ отличіе отъ западныхъ кодексовъ, не содержитъ особаго постановленія, а въ литературѣ, какъ мы уже говорили, мнѣнія расходятся. Судебная практика въ томъ обстоятельствѣ, что законъ говоритъ о «родительской», а не объ отцовской власти, не видитъ достаточнаго основанія для освобожденія жены, какъ матери, отъ обязанности повиноваться главѣ семейства. Но сенатъ въ послѣднее время склоненъ перенести разрѣшеніе этого вопроса въ совершенно другую плоскость, усматривая сущность его не столько въ разграниченіи правъ родителей, сколько въ осуществленіи каждымъ изъ нихъ своей власти сообразно съ интересами дѣтей, т.-е. въ правильномъ пониманіи родительской власти вообще. Къ этому вопросу мы сейчасъ вернемся.

Чтобы покончить съ мужнею властью, намъ остается сказать нѣсколько словъ о ея постановкѣ въ гражданскихъ уложеніяхъ XX вѣка — германскомъ [72]) и швейцарскомъ [73]). Оба они сохранили принципъ главенства мужа въ семьѣ, хотя уже не говорятъ объ обязанности жены повиноваться мужу. Оба исходятъ изъ положенія, что замужней женщинѣ мѣсто въ семьѣ при мужѣ и дѣтяхъ, что имъ она обязана преимущественно отдавать свои силы. Поэтому мы въ обоихъ уложеніяхъ находимъ обычныя положенія объ обязанности жены жить при мужѣ и слѣдовать за нимъ, о правѣ мужа противиться поступленію жены на должность или занятію промысломъ, отвлекающимъ ее отъ семьи, наконецъ, о перевѣсѣ голоса мужа при разногласіяхъ, касающихся семейной жизни. Но эти права мыслятся законодателемъ только какъ орудіе для осуществленія лежащихъ на мужѣ обязанностей. Они ввѣрены ему съ одною весьма существенною оговоркой: проявленіе власти, говоритъ германское уложеніе, не должно имѣть характера злоупотребленія [74]), въ противномъ случаѣ жена можетъ не повиноваться мужу и прибѣгать къ защитѣ суда. Но что считать злоупотребленіемъ? Такой вопросъ былъ поставленъ при обсужденіи этого отдѣла въ германскомъ рейхстагѣ, и представитель правительства Планкъ отвѣтилъ: «злоупотребленіемъ мы должны признать всякое требованіе мужа, идущее въ раз-

---

[72]) См. Wierustowski, Handbuch des Eherechts I, стран. 4 сл. Scriba, Persönliche Rechtsstellung der Ehegatten (1910) и указанную тамъ литературу.

[73]) Rossel et Mentha, Manuel du droit civil suisse I, стран. 229 сл., Curti-Forrer, Schweiz. ZGB. mit Erläut. (1911), Chaudé, Le nouveau Code civil suisse (1909), стран. 187 сл., Schultz, Privatrechtliche Stellung der Ehefrau (1908).

[74]) Герман. улож. § 1353, 1354 и 1357.

Digitized by Google

рѣзъ съ надлежащимъ образомъ мыслей супруговъ (rechte eheliche Gesinnung). Жена не обязана подчиниться рѣшенію, о которомъ можно сказать, что любящій мужъ не принялъ бы такого рѣшенія»[75]). Это объясненіе едва ли способно устранить неопредѣленность термина «злоупотребленіе», но оно показываетъ, что, по мысли германскаго законодателя, правомѣрною признается только власть, проявляемая въ интересахъ семьи[76]). Болѣе опредѣленно ту же идею проводитъ швейцарское уложеніе. Если одинъ изъ супруговъ, говорится въ законѣ[77]), забываетъ о своихъ обязанностяхъ передъ союзомъ (Gemeinschaft) и его образъ дѣйствія угрожаетъ другому опасностью, позоромъ или убытками, судья долженъ его увѣщевать, а въ случаѣ безуспѣшности увѣщеваній принимать указанныя въ законѣ мѣры. Такими мѣрами являются допущеніе отдѣльнаго жительства супруговъ, назначеніе невинному супругу денежнаго содержанія отъ виновнаго и предписаніе должникамъ виновнаго супруга платить не ему, а другому супругу. Когда мужъ противится отправленію женою промысла или профессіи, веденіе котораго требуется интересами семьи, жена можетъ просить разрѣшенія у судьи[78]). Такова власть мужа въ новыхъ гражданскихъ кодексахъ. Въ нихъ вполнѣ опредѣленно выражена мысль, давно уже смутно сознававшаяся законодателемъ и судебною практикой: что власть мужа можетъ считаться правомѣрною лишь въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ это оправдывается интересами семьи и не стѣсняетъ безъ разумнаго основанія свободы жены. Отъ такой постановки уже не далеко до признанія полнаго равенства взаимныхъ правъ и обязанностей супруговъ и до отказа отъ самаго принципа главенства мужа надъ женою.

На постановкѣ отцовской власти въ гражданскихъ кодексахъ прошлаго вѣка явно отразились съ одной стороны условія патріархальнаго строя и вліяніе римскаго права, съ другой — господствовавшія понятія объ этическихъ и правовыхъ обязанностяхъ, вытекающихъ изъ семейнаго союза.

---

[75]) См. Stenogr. Berichte über die Verhandl. des deut. Reichstages за 1896 г., стран. 198.

[76]) См. Endemann, Lehrb. des bürg. Rechts, II, стран. 584, прим. 10: «Этотъ масштабъ (т.-е. интересъ семьи) исполняетъ тутъ функцію, какую въ обязательственномъ правѣ исполняетъ ссылка на Treu und Glauben, съ тою лишь разницей, что въ основаніи послѣдней лежитъ объективно-правовое начало въ то время, какъ тутъ рѣчь идетъ о личныхъ отношеніяхъ и этико-религіозныхъ основаніяхъ».

[77]) См. ст. 169 и сл.

[78]) См. SZGB ст. 167. По Герм. улож. (§ 1358) мужъ, не давшій согласія на принятіе женою личнаго обязательства, можетъ требовать его прекращенія, когда опекунское учрежденіе признаетъ, что данным обязательствомъ нарушаются «интересы супружества».

Digitized by Google

Власть сосредоточена въ рукахъ отца, которому дѣти повинуются безпрекословно. Матери они также обязаны повиноваться, но лишь до тѣхъ поръ, пока между нею и отцомъ нѣтъ разногласія. Родители могутъ употреблять исправительныя и карательныя мѣры, прибѣгая даже, въ случаѣ надобности, къ содѣйствію органовъ государства. Подъ этою грозною внѣшнею оболочкой скрывается, однако, мало гармонирующее съ нею содержаніе. Въ соотвѣтственныхъ главахъ западныхъ кодексовъ говорится не столько о правахъ родителей, сколько объ ихъ обязанностяхъ и о предѣлахъ ихъ власти. Мы не станемъ повторять общеизвѣстныхъ положеній объ обязанности къ воспитанію, содержанію, обученію дѣтей, избраніи рода жизни, объ обязанностяхъ родителей по отношеніи къ имуществу дѣтей и т. д. Для насъ существенно то, что западныя законодательства не оставляютъ сомнѣній въ томъ, что власть, по мысли закона, ввѣрена отцу или обоимъ родителямъ преимущественно ради блага дѣтей[79]) По крайней мѣрѣ ея осуществленіе не должно итти въ разрѣзъ съ ихъ интересами. Власть прекращается, когда дѣти больше не нуждаются въ родительскомъ попеченіи или когда родитель утрачиваетъ способность быть ихъ руководителемъ или представителемъ. Такое положеніе наступаетъ въ случаяхъ достиженія дѣтьми совершеннолѣтія или ихъ экономическаго обособленія, выхода дочери замужъ, совершенія родителемъ преступленія противъ дѣтей, наконецъ его психическаго заболѣванія. Послѣ расторженія брака и при раздѣльной жизни родителей дѣти остаются у невиновнаго супруга, если судъ не найдетъ болѣе соотвѣтствующимъ ихъ интересамъ отдать ихъ другому супругу или третьему лицу на воспитаніе. Законъ, конечно, не устанавливаетъ постояннаго контроля надъ поведеніемъ родителей со стороны органовъ государства, а исходитъ изъ предположенія, что естественная привязанность родителей удерживаетъ ихъ отъ причиненія вреда своимъ дѣтямъ и что родители руководятъ ихъ воспитаніемъ совмѣстно и въ полномъ согласіи между собою[80]). Но тамъ, гдѣ дѣйствительность явно не соотвѣтствуетъ этимъ предположеніямъ, законодатель выходитъ изъ своей пассивной роли. Не допускается, а при наличности состава преступленія наказывается употребленіе родителями исправительныхъ мѣръ вредныхъ или опасныхъ для здоровья дѣтей.

---

[79]) Ср. къ слѣдующему прусское улож. II, 2 § 58 сл., § 210 сл., австр. улож. § 139 сл., code civil, art. 371 сл.

[80]) Въ Австр. улож. § 144 это прямо выражено: Die Eltern haben das Recht einverständlich die Handlungen ihrer Kinder zu leiten.

Digitized by Google

Заключеніе дѣтей въ тюрьму или въ исправительныя заведенія по требованію отца австрійскимъ уложеніемъ совершенно отвергается, а по прусскому для этого требуется постановленіе опекунскихъ учрежденій (по мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ даже королевскій указъ)[81]). Французскій кодексъ допускаетъ удовлетвореніе такого домогательства отца безъ судебной провѣрки только по отношенію къ дѣтямъ моложе 16 лѣтъ, у которыхъ нѣтъ мачехи и нѣтъ отдѣльнаго имущества, и на срокъ не болѣе мѣсяца. Жестокое обращеніе съ дѣтьми, дурное на нихъ вліяніе, вообще недобросовѣстное отношеніе къ своимъ родительскимъ обязанностямъ влечетъ за собою, по прусскому и австрійскому уложеніямъ, прекращеніе этой власти и отдачу дѣтей на воспитаніе въ пріютъ или въ другое семейство. Тѣ же законодательства предоставляютъ дѣтямъ, достигшимъ 14-лѣтняго возраста, искать защиты у суда противъ принужденія со стороны родителей къ изученію или отправленію профессіи, совершенно не соотвѣтствующей нхъ склонностямъ или способностямъ. Французскій кодексъ не содержитъ подобныхъ постановленій, но этотъ пробѣлъ восполняется уголовнымъ закономъ (Code pén., art. 335) и, главнымъ образомъ, законами 1874, 1889 и 1898 гг., поставившими дѣло охраны дѣтей отъ преступныхъ, жестокихъ или недобросовѣстныхъ родителей на небывалую до тѣхъ поръ высоту[82]). Ими, на ряду съ мѣрами публично-правового характера, значительно умножены также поводы къ ограниченію и лишенію родительской власти.

Судебная практика такимъ образомъ на западѣ, особенно въ германскихъ государствахъ, въ самомъ законѣ находила достаточно твердую опору въ борьбѣ съ крайностями патріархальнаго воззрѣнія на отцовскую власть, какъ на право надъ чужою личностью. Правда, проповѣдуемыя нѣкоторыми теоретиками анархизма и соціализма ученія о необходимости полнаго уничтоженія этого института и о предоставленіи всякому доброжелательному и незанятому человѣку[83]) или же государству[84]) воспитывать дѣтей не встрѣтило сочувствія ни въ обществѣ, ни въ судебной практикѣ. Родительская власть признавалась и признается понынѣ однимъ изъ устоевъ общежитія, но санкціею и поддержкою

---

[81]) См. Dernburg, Lehrb. des preuss. Privatr. III, § 51, № 26.

[82]) См. объ этихъ законахъ Charmont, Transformations, стран. 126 сл., Nillus, Déchéance de la puissance paternelle (Paris 1894). Примѣру Франціи послѣдовала Англія, гдѣ Prevention of cruelty to children act. 1894 г. и др. законы во многихъ отношеніяхъ идутъ еще дальше въ дѣлѣ охраны дѣтей.

[83]) См. Jean Grave, La Société future, стран. 344.

[84]) См. Deville, Aperçu sur le socialisme scientifique, стран. 43.

Digitized by Google

со стороны положительнаго права, она, по господствующимъ воззрѣніямъ, должна пользоваться лишь до тѣхъ поръ, пока она не идетъ въ разрѣзъ со своимъ назначеніемъ служить интересамъ семьи.

Нашъ сводъ законовъ по данному вопросу значительно отсталъ отъ западныхъ кодексовъ. Онъ, правда, не знаетъ отцовской, а только родительскую власть и ставитъ родителей по отношенію къ имуществу дѣтей въ положеніе опекуновъ. Однако мать сама подчинена своему мужу, какъ главѣ семейства. Законъ не освобождаетъ ее отъ обязанности къ «безграничному послушанію» въ случаѣ разногласій, касающихся дѣтей, и не указываетъ никакихъ путей для борьбы съ своеволіемъ отца въ этой области. Власть родительская юридически не прекращается ни совершеннолѣтіемъ дѣтей, ни ихъ отдѣленіемъ. Не только употребленіе домашнихъ исправительныхъ мѣръ, но даже заключеніе дѣтей въ тюрьму по требованію родителей формально не подлежитъ никакому контролю. Мѣръ противъ злупотребленій со стороны родителей или неисполненія ими своихъ обязанностей, если ихъ дѣйствія не имѣютъ характера уголовно-наказуемаго проступка, нашъ законъ не знаетъ. Правда, уложеніе о наказаніяхъ сурово караетъ преступленія родителей противъ дѣтей, но эти кары, какъ правильно замѣчаетъ проф. Загоровскій [85]), «не обезпечиваютъ дѣтей отъ дурного вліянія родителей: и наказанный родитель, признанный судомъ жестокосерднымъ отцомъ, разрушающимъ здоровье своихъ дѣтей и влекущимъ ихъ къ моральной гибели, все же сохраняетъ въ силѣ свою власть и можетъ злоупотреблять ею. Здѣсь очевидная недостаточность закона, разсчитаннаго лишь на безупречныхъ и чадолюбивыхъ родителей».

При всемъ томъ, однако, было бы большою ошибкою приписывать нашему закону представленіе о власти родителей, какъ о неограниченномъ правѣ надъ личностью дѣтей. И у насъ законъ неразрывно связываетъ съ нею рядъ не только этическихъ, но также юридическихъ обязанностей и ставитъ ей извѣстные предѣлы. Требованіямъ противозаконнымъ дѣти не должны повиноваться. Родители, разумѣется, не властны надъ жизнью дѣтей, но и мѣры домашняго исправленія не должны выходить изъ рамокъ «личныхъ обидъ или оскорбленій» [86]). Власть родителей наконецъ терпитъ существенныя ограниченія, когда

---

[85]) Указ. сочин., стран. 271.
[86]) Это явствуетъ изъ сопоставленія ст. 165 со ст. 168, ч. I, т. X.

Digitized by Google

она сталкивается съ властью государства, учебнаго начальства или мужа.

Судебная практика изъ общаго духа нашего закона вывела заключеніе, что его положенія расчитаны на совмѣстную жизнь супруговъ и потому не могутъ примѣняться при раздѣльномъ жительствѣ или расторженіи брака. Въ этихъ случаяхъ судъ долженъ считаться съ интересами дѣтей, а не съ правами отца, какъ главы семейства, и даже не съ вопросомъ, по чьей винѣ произошелъ разрывъ[87]). Тотъ же критерій выдвигается при опредѣленіи «надлежащаго возраста», до котораго родители должны имѣть попеченіе о дѣтяхъ (рѣш. 1880 г. № 182). Къ сожалѣнію, наша практика не рѣшилась примѣнять масштаба «блага дѣтей» ни при разрѣшеніи разногласій между родителями, пока они живутъ вмѣстѣ, ни тогда, когда родители къ явному ущербу для дѣтей требуютъ ихъ къ себѣ обратно отъ лицъ, коимъ они добровольно отдали ихъ на воспитаніе (рѣш. 1897 г. № 81). Право заключенія дѣтей въ тюрьму фактически парализовано, по разъясненію сената, ст. 9 Уст. Угол. Суд., по которой никто безъ опредѣленія суда или слѣдователя не можетъ быть лишенъ свободы (рѣш. общ. собр. за 1888 г., № 4).

Мысль, намѣтившаяся въ законахъ и въ практикѣ XIX вѣка, что власть дана родителямъ не ради расширенія ихъ индивидуальной правовой сферы, а для блага подрастающаго поколѣнія, получила болѣе ясное и полное выраженіе въ двухъ новѣйшихъ гражданскихъ уложеніяхъ, германскомъ и швейцарскомъ. Первое[88]) возлагаетъ на опекунскій судъ обязанность выступать ex officio на защиту дѣтей въ случаяхъ злоупотребленія или безчестнаго поведенія родителей или совершенія ими преступленій противъ дѣтей, второе[89]) — во всѣхъ случаяхъ, когда «поведеніе родителей идетъ въ разрѣзъ съ ихъ обязанностями». Оба уложенія надѣляютъ родительскою властью не только отца, но также мать. Голосъ перваго, правда, имѣетъ перевѣсъ, но лишь до тѣхъ поръ, пока его рѣшеніе не можетъ быть квалифицировано какъ «злоупотребленіе» (§ 1354 герм. улож.) или какъ «поведеніе, противорѣчащее родительскимъ обязанностямъ» (§ 283 швейц. улож.). Въ этихъ случаяхъ мать можетъ прибѣгать къ защитѣ опекунскаго суда. Вообще оба уложенія проводятъ тотъ принципъ, что при всякихъ спорахъ и колли-

[87]) См. рѣш. гражд. касс. деп. за 1881 г. № 135, 1890 г. № 18, 1908 г. № 48 и др., а также Синайскаго, ук. соч., стран. 214 сл.

[88]) См. Enneccerus-Kipp, Lehrb. d. deut. bürg. R. (1912), II 2, § 83, Philler, Die Rechtsstellung der Kinder nach dem BGB (1906).

[89]) Швейц. улож., ст. 283 и сл.

Digitized by Google

зіяхъ на почвѣ родительской власти рѣшающее значеніе должны имѣть интересы дѣтей.

Новое швейцарское уложеніе знаетъ еще одинъ видъ семейной власти, кромѣ мужней и родительской, — домашнюю власть[90]). Ей подчинены всѣ лица, живущія общимъ хозяйствомъ на почвѣ родства и свойства или на основаніи трудового договора. Домашней власти посвящены всего 4 статьи. Глава дома устанавливаетъ внутренній распорядокъ. При этомъ онъ обязанъ считаться съ интересами домочадцевъ и не долженъ стѣснять ихъ свободы и религіозныхъ убѣжденій. Онъ отвѣчаетъ за внесенное ими въ домъ имущество и — передъ третьими — за вредъ, причиненный лицами, находящимися на его попеченіи. Совершеннолѣтніе домочадцы, вносившіе свой трудъ или свой доходъ въ общее хозяйство, участвуютъ въ конкурсѣ домовладыки въ качествѣ кредиторовъ, въ размѣрѣ своихъ требованій. Домашняя власть, какъ видно изъ изложеннаго, представлялась составителямъ швейцарскаго закона не правомъ одного лица надъ другимъ, а отправленіемъ извѣстныхъ функцій въ предѣлахъ и въ интересахъ опредѣленной соціальной организаціи[91]).

Намъ остается разсмотрѣть институтъ хозяйской власти. Кодексы прошлаго вѣка о немъ либо вовсе не упоминаютъ, либо затрагиваютъ его только при нормировкѣ отношеній между главою семейства и наемными слугами, въ семейственномъ правѣ. Мы пытались въ другомъ мѣстѣ[92]) объяснить причины этого явленія. Они кроются, по нашему мнѣнію, въ вліяніи римскаго права, въ крайнемъ индивидуализмѣ, которымъ проникнуты были философскія ученія той эпохи, наконецъ въ соціальныхъ и политическихъ условіяхъ времени, не благопріятствовавшихъ измѣненію исторически сложившагося воззрѣнія, что регламентація внутренней жизни хозяйственныхъ предпріятій составляетъ задачу публичнаго права и административныхъ властей, а не гражданскихъ законовъ. Законодатель не отказывалъ хозяйской власти въ санкціи и поддержкѣ. Онъ не могъ и не желалъ уничтожить этого глубоко укоренившагося въ нравахъ

---

[90]) Швейц. улож., ст. 331 и сл., Rossel-Mentha, указ. соч. I, стран. 391 сл., Chaudé, указ. соч., стран. 225 сл.

[91]) При обсужденіи проекта одни выражали этому нововведенію горячее сочувствіе (см., напр., Barazetti, Der Vorentwurf zum SZGB, стран. 244 сл.), другіе указывали, что отношенія домовладыки къ самостоятельнымъ и несамостоятельнымъ, родственнымъ и чужимъ элементамъ «дома», давно дифференцировались и имѣютъ неодинаковый характеръ. Въ комиссіи экспертовъ одержало, однако, верхъ мнѣніе, что «домъ» представляетъ опредѣленную соціальную организацію, нуждающуюся въ правовой нормировкѣ.

[92]) См. «Трудовой договоръ» гл. IV.

Digitized by Google

общества института[93]), но онъ сознательно изъялъ его и всѣ связанные съ нимъ вопросы изъ сферы дѣйствія общегражданскихъ нормъ и направилъ ихъ по руслу спеціальныхъ узаконеній.

На наши гражданскіе законы[94]) философскія ученія XVIII в. и романистическая юриспруденція оказали гораздо меньшее вліяніе, чѣмъ на западные кодексы. Глава о личномъ наймѣ посвящена преимущественно найму въ услуженіе, т.-е. найму, соединенному съ подчиненіемъ нанявшагося хозяйской власти нанимателя. Послѣдняя разумѣется не въ узкомъ смыслѣ власти, принадлежащей главѣ дома надъ проживающими у него лицами, а распространяется на всѣхъ лицъ, отправляющихъ въ хозяйствѣ или предпріятіи нанимателя опредѣленныя функціи, какъ, напр., на подмастерьевъ, приказчиковъ и т. п., хотя и живущихъ отдѣльно отъ нанимателя. Однако о содержаніи хозяйской власти и нашъ сводъ говоритъ лишь въ самой общей формѣ. «Хозяинъ съ нанявшимися долженъ обходиться справедливо и кротко, требовать отъ нихъ токмо работы, условленной по договору, или той, для которой наемъ учиненъ, платить имъ точно и содержать исправно». «Нанявшійся въ работу или отданный въ ученіе долженъ быть вѣрнымъ, послушнымъ и почтительнымъ къ хозяину и его семьѣ и стараться добрыми поступками и поведеніемъ сохранить домашнюю тишину и согласіе. Сія послѣдняя обязанность распространяется и на хозяина для отвращенія случая къ обоюднымъ неудовольствіямъ и жалобамъ». Этими положеніями закона санкціонируется власть хозяина надъ нанявшимся, но не опредѣляется ея сущность. Дальше нашъ законъ постановляетъ, что тамъ, гдѣ хозяйская власть сталкивается съ родительскою или мужнею, она должна уступить: наемъ несовершеннолѣтнихъ безъ согласія родителей и женъ безъ разрѣшенія мужей признается недѣйствительнымъ. Другія ограниченія хозяйской власти вытекаютъ изъ нормъ публичнаго права, установленныхъ въ огражденіе христіанъ отъ опасности сожительства съ хозяевами-иновѣрцами или въ цѣляхъ полицейскихъ (паспортныя правила, надзоръ за ремесленными заведеніями и фабриками и т. п.), наконецъ изъ уголовныхъ законовъ.

Фактически такимъ образомъ и нашъ Сводъ не нормируетъ хозяйской власти, ибо не указываетъ ни ея предѣловъ, ни свя-

---

[93]) Такая попытка была сдѣлана въ эпоху французской революціи, но она не оставила никакого слѣда въ дѣйствующемъ законѣ. См. «Труд. дог.», стран. 334 сл.

[94]) См. тамъ же, стран. 337 сл.

Digitized by Google

занныхъ съ нею обязанностей ни послѣдствій ихъ нарушеній. Эта задача выпала на долю спеціальнаго законодательства. На ряду съ гражданскими законами, у насъ, какъ и на западѣ, продолжали дѣйствовать и вновь издавались многочисленные уставы, регламенты и другія узаконенія, содержавшія, кромѣ нормъ публичнаго права, положенія о частноправовыхъ отношеніяхъ между хозяевами и наемными слугами и рабочими въ опредѣленной отрасли хозяйства. Съ середины XIX вѣка ихъ количество (особенно въ области промышленности) повсюду быстро растетъ, а въ настоящее время они въ совокупности составляютъ обширный отдѣлъ законодательства[95]). Мы не имѣемъ возможности останавливаться на ихъ содержаніи, которое въ общихъ чертахъ извѣстно каждому юристу. Всѣ они исходятъ изъ положенія о необходимости устанавливать границы власти главы предпріятія, подчиняютъ ее контролю органовъ государства и опредѣляютъ неразрывно связанныя съ нею обязанности и отвѣтственность хозяина.

Съ начала XX вѣка въ наукѣ и законодательствѣ возникло новое движеніе, давшее уже значительные реальные плоды, — движеніе въ сторону согласованія гражданскихъ законовъ о наймѣ труда съ требованіями и явленіями современной хозяйственной жизни. Договоры, коими одно лицо прочно связываетъ свою рабочую силу и тѣмъ самымъ свою личность съ чужимъ хозяйствомъ или предпріятіемъ, др. сл. договоры, устанавливающіе отношеніе власти и подчиненія, обособляются отъ обѣщанія самостоятельнаго или предпринимательскаго труда. Ихъ гражданско-правовая нормировка уже не ограничивается общими началами объ обѣщаніи личныхъ услугъ и вознагражденія, а составляетъ цѣлую систему правовыхъ нормъ, проникнутыхъ мыслью объ охранѣ интересовъ лицъ, занятыхъ въ чужомъ предпріятіи въ качествѣ слугъ, рабочихъ или учениковъ, т.-е. въ несамостоятельномъ положеніи. Приведемъ для примѣра[96]) признаніе въ новѣйшихъ законахъ и въ западной судебной практикѣ обязательности такъ называемыхъ тарифныхъ или коллективныхъ соглашеній, при которыхъ работодатель, заключая договоръ найма, имѣетъ дѣло не съ отдѣльнымъ экономически безпомощнымъ рабочимъ, а съ профессіональнымъ союзомъ, недѣйствительность или оспариваемость сдѣлокъ о трудѣ, имѣющихъ ростовщическій ха-

[95]) Такъ, напр., предпринятая недавно во Франціи сводка и систематизація дѣйствующихъ законовъ о трудѣ дала въ результатѣ объемистый томъ законовъ. См. Benoist, Code de travail.

[96]) См. очеркъ Войтинскаго, Новыя теченія въ гражданскомъ законодательствѣ о наймѣ труда въ «Вопросахъ обществовѣдѣнія», т. I (1908).

Digitized by Google

рактеръ (Arbeitswucher), обязанность работодателя къ огражденію безопасности, чести, нравственности, религіозной свободы рабочаго, къ попеченію о немъ въ случаѣ заболѣванія, многочисленныя нормы, обезпечивающія полученіе условленнаго заработка и его неприкосновенность, мѣры противъ внезапнаго разрыва трудового отношенія, обязанность къ изданію правилъ внутренняго распорядка и ихъ обязательность для самого хозяина, строгую регламентацію дисциплинарныхъ штрафовъ и взысканій и мн. др. Всѣ эти положенія доказываютъ, что понятіе о хозяйской власти какъ о правѣ, предоставленномъ главѣ предпріятія исключительно въ его интересахъ, и о хозяйственномъ предпріятіи какъ организаціи, существующей только для личныхъ цѣлей его собственника, постепенно уступаетъ въ правосознаніи современнаго общества мѣсто другой концепціи. Правда, этотъ процессъ находится еще въ зачаточной стадіи. Его медленность объясняется тѣмъ, что хозяйской власти въ гораздо большей степени присущи эгоистическіе мотивы, что она болѣе «эгоцентрична», чѣмъ власть мужа, родителей, опекуна. Въ ней элементъ соціальнаго долга и попеченія о благѣ подвластныхъ отступаетъ на задній планъ и въ индивидуальной психикѣ нерѣдко совершенно стушевывается. Но съ государственной и законодательной точки зрѣнія она, какъ всякая власть, является функціею, исполняемою ради извѣстныхъ — желательныхъ или необходимыхъ — общественныхъ цѣлей. Народно-хозяйственное значеніе предпріятій, пользующихся наемнымъ трудомъ, не исчерпывается тѣмъ, что ихъ преуспѣяніе увеличиваетъ общее благосостояніе народа. Для огромной части населенія они открываютъ фактическую возможность приложенія своей рабочей силы и добыванія этимъ путемъ средствъ къ существованію. Новѣйшіе гражданскіе законы учитываютъ это обстоятельство при нормировкѣ отношеній между главою предпріятія и наемными лицами. Оставляя широкій просторъ для преслѣдованія первымъ своихъ личныхъ цѣлей, ради которыхъ данная организація создана, они обязываютъ его не забывать о связанныхъ съ нею благахъ и жизненныхъ интересахъ подвластныхъ, ради удовлетворенія которыхъ тѣ отдаютъ ему свои силы.

Нашъ обзоръ не исчерпываетъ всѣхъ видовъ власти, извѣстныхъ дѣйствующему частному праву [97]), но онъ достаточно ясно рисуетъ

[97]) Выше мы упомянули о власти шкипера или капитана, какъ одномъ изъ типовъ гражданско-правовой власти. Мы, однако, на немъ не останавливаемся, такъ какъ шкиперъ занимаетъ на кораблѣ двойственное положеніе представителя государства и хозяина, и его власть, слѣдовательно, является смѣсью государственной и хозяйской власти. См. подробнѣе

Digitized by Google

намъ направленіе и эволюцію законодательной мысли по интересующему насъ вопросу. Постараемся теперь вкратцѣ формулировать главнѣйшія общія начала, которыя, на нашъ взглядъ должны быть положены въ основаніе законодательной нормировки власти какъ института гражданскаго права.

Необходимо окончательно отрѣшиться отъ римскаго взгляда на власть, какъ на право надъ свободнымъ человѣкомъ, поглощающее въ извѣстныхъ предѣлахъ его правоспособность и соотвѣтственно расширяющее правовую сферу властвующаго. По современнымъ воззрѣніямъ правоспособность подвластныхъ не ограничена и власть всегда сопряжена для ея носителя съ извѣстными правовыми обязанностями. Она, слѣдовательно, является по формѣ правоотношеніемъ между нимъ и подвластными, обнимающимъ права и обязанности обѣихъ сторонъ. Властью называется правовое положеніе, занимаемое лицомъ, стоящимъ во главѣ союза или организаціи, по отношенію къ другимъ членамъ данной соціальной единицы. Это положеніе не можетъ разсматриваться, какъ санкціонированная объективнымъ правомъ воля властвующаго или какъ фактическій перевѣсъ его надъ другими людьми, изъ котораго законодатель дѣлаетъ только извѣстные выводы. Въ основаніи современнаго понятія о власти лежитъ представленіе о внутреннемъ строѣ соціальнаго союза или организаціи, покоящемся на опредѣленномъ психическомъ взаимоотношеніи входящихъ въ нихъ лицъ и существующемъ ради осуществленія задачъ и цѣлей даннаго союза или организаціи. Вопросъ, насколько эти задачи совпадаютъ съ личными интересами властвующаго, имѣетъ очень большое практическое значеніе, но для юридической природы власти онъ безразличенъ. Право санкціонируетъ власть или главенство въ авторитарныхъ союзахъ или организаціяхъ — семейныхъ и хозяйственныхъ — не ради расширенія правовой сферы ихъ главы, а ради успѣшнаго выполненія ими тѣхъ функцій, которыя съ общественной точки зрѣнія представляются необходимыми или цѣлесообразными. Отсюда слѣдуетъ, что всякая власть въ гражданскомъ правѣ обязываетъ ея носителя пользоваться ею сообразно съ ея общественнымъ назначеніемъ, другими словами, что всякая власть по существу является въ указанномъ смыслѣ соціальнымъ служеніемъ. Для законодателя и для суда тутъ кроются масштабъ и критерій для разграниченія правомѣрнаго проявленія власти отъ неправомѣрнаго.

объ этомъ Wagner, Handbuch des Seerechts I, (884), стран. 309 сл. Bernsten, Die Schiffsgewalt (Gött. Diss. 1904), Otto Weber, Die Schiffsgewalt des Kapitäns (1907). Ср. также Уст. тор., ст. 274 сл.

Digitized by Google

Оно правомѣрно настолько, насколько оно не противорѣчитъ общимъ требованіямъ закона и нравственности и не идетъ въ разрѣзъ съ объективно существенными задачами данной соціальной организаціи.

Намѣченный нами путь для разрѣшенія проблемы власти въ гражданскомъ правѣ, по нашему убѣжденію, соотвѣтствуетъ правосознанію современнаго культурнаго общества. Онъ, правда, несовмѣстимъ съ господствующимъ воззрѣніемъ на власть, какъ на содержаніе субъективнаго права, но, какъ мы уже указывали, цѣлесообразность и реальность самаго понятія о субъективномъ правѣ въ послѣднее время вызываетъ сомнѣнія. Невольно напрашивается мысль, не послужитъ ли измѣненіе въ наукѣ и въ законодательствѣ взгляда на юридическую сущность власти началомъ пересмотра ученія о субъективномъ правѣ, не является ли оно, какъ выражается Іерингъ, «историческимъ мѣстомъ прорыва» новой правовой идеи. Будущее покажетъ, имѣетъ ли это предположеніе какое-нибудь реальное основаніе.

Л. Таль.

Digitized by Google

Юридическая природа найма имуществъ.

Вопросъ о томъ, къ какому роду правъ — вещныхъ или обязательственныхъ — принадлежитъ наемъ имуществъ, съ давнихъ поръ вызывалъ большія разногласія и по настоящее время продолжаетъ возбуждать сомнѣнія и споры. И дѣйствительно, отъ того или иного разрѣшенія этого теоретическаго спора зависитъ соотвѣтственное нормированіе цѣлаго ряда жизненныхъ вопросовъ, связанныхъ съ договорами найма имуществъ. Сюда относятся по преимуществу: право конкурса на досрочный отказъ отъ исполненія договора найма, заключеннаго несостоятельнымъ до объявленія его таковымъ, право нанимателя на реальное исполненіе, т.-е. на принудительную передачу ему предмета найма, право арендатора защищать свое владѣніе, затѣмъ — подсудность исковъ, вытекающихъ изъ договоровъ найма недвижимости, наконецъ, наиболѣе важный вопросъ — о сохраненіи силы наемныхъ договоровъ при переходѣ имуществъ къ новымъ пріобрѣтателямъ. Послѣдняя проблема, получившая неточную, но сдѣлавшуюся общеизвѣстной формулировку — «Kauf bricht Miete» — «Kauf bricht nicht Miete» (Kauf есть лишь видъ перехода собственности, притомъ между договорившимися договоръ во всякомъ случаѣ остается въ силѣ), сдѣлалась цѣлой главой въ исторіи права. Важность этой проблемы объясняется чрезвычайнымъ распространеніемъ[1]) и громаднымъ соціально-экономическимъ значеніемъ найма имуществъ, особенно найма недвижимыхъ имуществъ — городскихъ и сельскихъ, — вслѣдствіе чего и является необходимость придать ему устойчивость при переходахъ собственности[2]).

---

[1]) «Мы не имѣемъ возможности указать, — говоритъ В. Л. Исаченко, — ту цифру, которою опредѣляется число арендныхъ владѣльцевъ въ Россіи, но, встрѣчаясь чуть не каждый день съ дѣлами, вытекающими изъ найма недвижимости, полагаемъ, что цифра эта весьма почтенна и что она растетъ изъ года въ годъ» («Гражданскій процессъ», VI, 22, 23).

[2]) На ряду съ наймомъ имуществъ стоитъ ссуда, отличающаяся отъ него лишь отсутствіемъ возмездности за пользованіе имуществомъ. Между тѣмъ вопросъ о признаніи за обязательственной ссудой вещнаго характера въ литературѣ вовсе не ставится. Это понятно, ибо ссуда не играетъ сколько-нибудь значительной роли въ современномъ быту. Наши гражданскіе законы считаютъ даже, что предметомъ ссуды не могутъ быть имущества недвижимыя (ст. 2064 т. X ч. 1), но «по свойству ссуды ея предметомъ могутъ быть и недвижимыя имущества; напр., пустить кого на житье въ свою квартиру на время своего отсутствія — значитъ отдать ее въ ссуду» (Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права, III, 329).

Digitized by Google

Эта проблемма должна быть въ центрѣ вниманія при обсужденіи юридической природы найма имуществъ.

Въ кодексахъ и литературѣ наемъ имуществъ опредѣляется, обычно, какъ договоръ, въ силу котораго наймодавецъ обязуется предоставить нанимателю пользованіе опредѣленной вещью въ теченіе опредѣленнаго времени, а наниматель обязуется платить за это пользованіе опредѣленное вознагражденіе [3]). Такимъ образомъ, по самому опредѣленію понятія, наемъ имуществъ относятъ къ правамъ обязательственнымъ. Но сторонники признанія за наймомъ имуществъ вещнаго характера исходятъ не столько изъ понятія договора и устанавливаемаго имъ отношенія, сколько изъ тѣхъ положеній закона, въ которыхъ выражена обязательность для третьихъ лицъ соблюденія договоровъ имущественнаго найма, заключенныхъ прежними собственниками имущества [4]). Конечно, если бы въ томъ или другомъ законодательствѣ существовалъ цѣлый рядъ правилъ, придающихъ праву нанимателя всѣ рѣшительно свойства вещныхъ правъ, то пришлось бы и имущественный наемъ отнести въ разрядъ послѣднихъ. Но дѣло въ томъ, что не только ни въ одномъ законодательствѣ наемъ имуществъ не имѣетъ всѣхъ признаковъ, присущихъ правамъ вещнымъ, но и самое конструированіе найма имуществъ какъ вещного права повело бы къ непреодолимымъ практическимъ трудностямъ, не говоря уже о теоретическихъ погрѣшностяхъ такого построенія.

Такъ, прежде всего, если бы наемъ имуществъ былъ вещнымъ правомъ, то въ виду необходимости вносить всѣ вещныя права на недвижимость въ вотчинныя книги, и онъ долженъ былъ бы вноситься въ эти книги. Но возможно ли вносить въ вотчинныя книги всю массу ежедневно заключаемыхъ договоровъ найма недвижимости?! Арендаторъ, нанявшій большой домъ у собственника, сдаетъ въ этомъ домѣ квартиры, квартиранты, въ свою очередь, пускаютъ жильцовъ; если въ домѣ часть его сдана подъ гостиницу, то поденно отдаются въ наемъ комнаты. Нельзя допустить, чтобы всѣ эти отношенія вносились въ вотчинныя книги. Во-первыхъ, самыя книги утратили бы наглядность, являющуюся однимъ изъ основныхъ требованій правильнаго ихъ устройства. Во-вторыхъ, занесеніе арендныхъ контрактовъ было бы сопряжено

[3]) См. Eneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 359.—«Code civil, Art. 1709.— Schweizerisches Obligationenrecht, § 254.— Сводъ гр. узак. губ. Прибалтійскихъ», ст. 4025.

[4]) M. Troplong, De l'échange et du louage, II, 17: «L'art. 1743 est peut-être le plus grave et le plus fécond de toute la matière du louage. C'est lui qui a transformé le caractère de ce contrat; c'est lui qui a fait passer le droit du preneur de la classe des droits relatifs (jus ad rem) à la catégorie des droits absolus (jus in re)».

Digitized by Google

съ такими трудностями и расходами, что, безъ сомнѣнія, въ вотчинныя книги ихъ не вносили бы въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ.

Далѣе, при признаніи вещнаго характера найма имуществъ, конфликты, и безъ того столь частыя на почвѣ арендныхъ отношеній, только умножились бы. Какъ, напр., разрѣшался бы случай, изложенный въ рѣшеніи Гражд. Касс. Деп. Пр. Сен. № 118—1880 г. Крестьянское общество сдало въ аренду мельницу одному лицу, а затѣмъ, пока это лицо еще не успѣло осуществить договоръ, отдало ее другому арендатору, получившему мельницу въ свое владѣніе. Если смотрѣть на наемъ имуществъ какъ на вещное отношеніе, то первый наниматель въ силу старшинства своего права можетъ выселить второго, уже приступившаго къ пользованію имуществомъ. Если же считать наемъ имуществъ обязательственнымъ отношеніемъ, то права обоихъ нанимателей имѣютъ одинаковую силу и добросовѣстный арендаторъ, получившій имущество для пользованія, не обязанъ отдавать его, ибо осуществляетъ свое право. При признаніи за наймомъ имуществъ вещнаго характера будетъ причинено, такимъ образомъ, съ точки зрѣнія экономіи силъ общества, къ которой должны стремиться и нормы права, больше убытковъ, ибо арендаторъ, осуществившій договоръ, въ случаѣ удаленія его, несетъ, обычно, гораздо больше убытковъ,чѣмъ арендаторъ, еще не приступившій къ пользованію имуществомъ.

Существуетъ, однако, мнѣніе, что возможна конструкція правъ по договору найма и какъ вещныхъ, и какъ обязательственныхъ. Такъ говорятъ, что договоръ, внесенный въ вотчинныя книги, создаетъ вещное право для нанимателя, а договоръ не внесенный остается обязательственнымъ отношеніемъ [5]). Но внесеніемъ въ вотчинную книгу нельзя измѣнить природу права. Въ самомъ дѣлѣ, наемъ имуществъ не состоитъ изъ одной передачи вещи для пользованія, онъ вѣдь есть предоставленіе со стороны наймодавца пользованія вещью на все время договора. А такое предоставленіе предполагаетъ поддержаніе вещи въ годномъ для пользованія состояніи до окончанія найма. Такимъ образомъ, недостаточно, напр., передать квартиру нанимателю, но необходимо хозяину еще держать швейцара, доставлять воду, отопленіе, газъ и т. д. При современномъ развитіи городской жизни пользованіе квар-

---

[5]) Бар. А. Л. Фрейтагъ-Лорингговенъ, Обязательственные договоры въ проектѣ вотчиннаго устава, стран. 38 сл. Нерѣдко и кодексы, и писатели, и Пр. Сен. называютъ внесенный наемъ вещнымъ правомъ. См. ст. 1095 Общ. Гр. Улож. Австр. Имп., ст. 4045 Св. Гражд. Узак. губ. Прибалтійскихъ. Анненковъ, Система русскаго гражд. права, IV, 140 и др.

Digitized by Google

тирою нерѣдко совершенно невозможно, если собственникъ не заботится о поддержаніи ея въ годномъ для пользованія состояніи. Несмотря на все это, наемъ квартиры съ отопленіемъ, водой и т. д. есть все-таки единый договоръ найма имущества, а не наемъ плюсъ цѣлый рядъ другихъ договоровъ [6]). Нѣсколько иначе стоитъ вопросъ съ отдачею въ наемъ земельныхъ участковъ. Въ этомъ случаѣ, обычно, вся функція хозяина исчерпывается одновременнымъ предоставленіемъ нанятаго имущества, вслѣдствіе чего наемъ становится болѣе похожимъ на вещное отношеніе, но все-таки далеко не таковымъ. Когда же наемъ земли, не требующій поддержанія вещи въ годномъ для пользованія состояніи, заключается на очень продолжительный срокъ, причемъ законъ устанавливаетъ для такого отношенія всѣ вотчинныя послѣдствія, то, разумѣется, такое право можно конструировать какъ вещное. Таково право застройки. Но право застройки становится вещнымъ не отъ того, что оно заносится въ крѣпостныя книги, а оттого, что въ связи съ природой регулируемаго отношенія законодатель устанавливаетъ для него всѣ вотчинныя послѣдствія. Имущественный же наемъ вслѣдствіе внесенія его въ вотчинную книгу становится лишь обязательнымъ для сингулярныхъ правопреемниковъ собственника имущества, которые не могутъ въ этомъ случаѣ отговариваться незнаніемъ о существованіи контракта. Но при этомъ отношеніе остается само по себѣ личнымъ и у нанимателя есть лишь право требованія къ собственнику имущества, а не вещное право, создающее непосредственное господство надъ вещью независимо отъ того, кто ея хозяинъ и есть ли онъ вообще [7]). Поэтому внесеніе договора имущественнаго найма въ вотчинныя книги слѣдуетъ разсматривать въ одной плоскости съ требованіями закона, — въ случаѣ признанія имъ обязательности арендныхъ договоровъ для новыхъ пріобрѣтателей, — достовѣрности договора, его осуществленія, (которое тоже даетъ возможность получить свѣдѣніе о существованіи договора по имѣнію) и т. п.

---

[6]) См. Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches, S. 44.—Рѣшеніе Общ. Собр. $^{88}/_{9}$, Гр. Кас. Деп. $^{902}/_{36}$.

[7]) Правильный взглядъ на характеръ обязательнаго для третьихъ лицъ права отмѣтилъ еще Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 3 Aufl., I, 511, 512: «Eine unter den ältern Schriftstellern vielverbreitete Ansicht ging dahin, dingliches Recht sei jenes, welches gegen jeden Dritten verfolgbar sei. Diese Ansicht charakterisierte den Begriff des dinglichen Rechts durch Aufnahme der regelmässigen Wirkung desselben in den Begriff, setzte an die Stelle des wirkenden Grundes die bewirkte Folge und verwechselte hiermit die beiden ganz verschiedenen Begriffe dingliches und absolutes Recht». См. также Умовъ, Договоръ найма имуществъ, стран. 41. Законы Гражданскіе, практ. и теорет. комментарій подъ ред. А. Э. Вормса и В. Б. Ельяшевича, вып. II, В. Б. Ельяшевичъ, стран. 25, 263, 264.

Digitized by Google

Но какое же юридическое значеніе имѣетъ установленіе обязательности для сингулярныхъ преемниковъ собственника арендныхъ договоровъ? Для уясненія этого вопроса мы предварительно разсмотримъ, какъ разрѣшаютъ его главнѣйшія законодательства.

Римское право доводило точку зрѣнія на наемъ какъ на обязательственное отношеніе до ея логическаго конца. Наниматель не имѣлъ никакихъ правъ на имущество, договоръ давалъ ему лишь право на личное дѣйствіе со стороны собственника имущества. Наниматель не только не могъ требовать исполненія въ натурѣ, — что собственно зависѣло болѣе отъ характера процесса, — но онъ не считался даже владѣльцемъ вещи и не могъ ее защищать ни отъ чьихъ нападеній, въ то время какъ такое право было у недобросовѣстнаго владѣльца и даже у вора, похитившаго имущество. Тѣмъ болѣе не могъ наниматель претендовать на обязательность его договора для новаго пріобрѣтателя, съ которымъ онъ договора не заключалъ, и который не обязанъ былъ поэтому предоставлять ему пользованіе своимъ имуществомъ [8]). Такимъ образомъ, въ римскомъ правѣ царило полное господство принципа «Kauf bricht Miete». Конечно, такое положеніе вещей возможно было только вслѣдствіе цѣлаго ряда соціально-экономическихъ условій; такъ напр., въ Римѣ нанимателями являлись низшіе и слабѣйшіе классы общества, договоры найма недвижимостей и даже сельскихъ имѣній заключались на сравнительно короткіе сроки и т. д. [9]).

Впослѣдствіи, съ измѣненіемъ соціально-экономическихъ отношеній въ европейскихъ государствахъ, римская точка зрѣнія на наемъ не могла всецѣло проводиться. Вслѣдствіе неувѣренности арендаторовъ въ томъ, что нанятая земля останется въ ихъ пользованіи на все время найма, не могло развиваться сельское хозяйство; торговля также стала нуждаться въ прочности арендныхъ отношеній; наконецъ, наниматели начали появляться изъ болѣе сильныхъ классовъ и могли диктовать свою волю собственникамъ. Поэтому въ настоящее время ни въ одномъ культурномъ государствѣ не проведена строго римская точка зрѣнія на наемъ, поскольку рѣчь идетъ о принципѣ «Kauf bricht Miete».

Даже тѣ государства, законодательства которыхъ придерживаются этого принципа, какъ напр., швейцарское (ст. 259 Обяз. права) или австрійское (ст. 1120 Общ. Гр. Ул.), допускаютъ, въ интересахъ нанимателей, извѣстныя ограниченія принципа. Такъ,

[8]) H. Dernburg, Pandekten, 1903, II, 307. Prof. O. Fischer, Verhandlungen des neunzehnten deutschen Juristentages, II, 314 ff. Умовъ, цит. соч., стран. 11 и сл.

[9]) Prof. E. Eck, Verhandlungen des neunzehnten deutschen Juristentages, II, 236, 237. Prof. Fischer, ebenda, S. 350 ff.

Digitized by Google

наниматель можетъ быть устраненъ новымъ собственникомъ отъ пользованія имуществомъ лишь по законномъ предваренін; если договоръ внесенъ въ вотчинныя книги, то онъ становится обязательнымъ для сингулярныхъ преемниковъ собственника въ бо́льшей или меньшей степени, — напр., по австрійскому праву лишь для пріобрѣтателей вслѣдствіе добровольнаго отчужденія (ст. 1121), по швейцарскому праву — и при принудительномъ отчужденіи.

Принято считать, что прусское право стояло на принципіально противоположной точкѣ зрѣнія по сравненію съ римскимъ. Наемъ имуществъ былъ отнесенъ Общимъ Земскимъ Уложеніемъ въ разрядъ правъ вещныхъ. Но въ дѣйствительности прусское право признавало наемъ вещнымъ правомъ лишь въ опредѣленныхъ случаяхъ, именно когда онъ былъ осуществленъ (Erster Teil, Titel 21, § 2) или когда былъ внесенъ въ ипотечныя книги (§ 4). При принудительномъ же судебномъ отчужденіи наемъ по предваренін могъ быть расторгнутъ (§ 350). Вообще же прусское право считало наемъ имущества личнымъ правомъ (Erster Teil, Titel 19, §§ 2, 3, 4).

Нѣмецкій изслѣдователь Ziebarth [10]) видитъ особенность прусскаго права въ томъ, что оно давало нанимателю право на реальное исполненіе по отношенію къ наймодавцу и его наслѣдникамъ (Titel 21, § 5, Titel 19, § 5 u. 6). Личное право, право на дѣйствіе создаетъ, по его мнѣнію, лишь косвенную вынуждаемость дѣйствія, напр., путемъ штрафовъ, личнаго задержанія и т. п. Возможность же получить принудительно самую вещь отъ контрагента порождаетъ относительно — вещное право, которое по осуществленіи становится безотносительно-вещнымъ [11]). Неправильность позиціи Ziebarth состоитъ въ томъ, что онъ изъ характера исполненія выводитъ заключеніе о природѣ права. Наоборотъ, исполненіе въ гораздо большей мѣрѣ обусловливается природою права и стремится быть съ нимъ въ возможно болѣе близкомъ соотвѣтствіи. И въ римскомъ правѣ первоначально нельзя было исполнить рѣшеніе путемъ удовлетворенія изъ имущества должника вопреки его волѣ [12]).

---

[10]) «Die Realexecution und die Obligation mit besonderer Rücksicht auf die Miete», 1866, passim.

[11]) «Der indirekte Zwang, auf die Handlung selbst,—говоритъ Ziebarth,—steht immer noch mit dem römischen Recht auf gemeinsamem Boden und mit dem Obligationenbegriff im Einklang, die direkte Wegnahme der geschuldeten Sache setzt sich in den schneidendsten Widerspruch zum römischen Recht und zum Wesen der Obligation... Unvereinbar mit dem römischen Recht sowie mit dem Begriff der Obligation ist es erst, wenn dem Schuldner die Möglichkeit genommen wird, die Sache offen und frei für sich zu behalten, aus keinem anderen Grunde, als weil er sein Wort brechen will. Diese Möglichkeit hat das römische Recht von jeher anerkannt, hat das deutsche Recht nie anerkannt». (S. 189, 190).

[12]) Умовъ, стр. 23.

Digitized by Google

Правда, процессъ, т.-е. техническія нормы, имѣющія въ виду способы осуществленія нормъ матеріальнаго права, можетъ вліять на характеръ матеріальнаго права, но вліяніе это никогда не бываетъ столь значительнымъ, чтобъ измѣнить природу правъ.

Французское право относитъ наемъ имуществъ къ правамъ обязательственнымъ (ст. 1709 Code civil). Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, въ ст. 1743 установлено правило, по которому — въ случаѣ продажи нанятаго имущества пріобрѣтатель его не въ правѣ удалить нанимателя, имѣющаго засвидѣтельствованный установленнымъ порядкомъ актъ найма или же такой актъ, время совершенія котораго достовѣрно. Такая же обязательность договоровъ найма имуществъ при принудительной продажѣ выражена въ ст. 684 Code de procédure civile. Ст. 1743 въ связи съ мотивами ея творцовъ дала поводъ Troplong и другимъ, менѣе значительнымъ французскимъ юристамъ сдѣлать выводъ, что наемъ имуществъ является вещнымъ правомъ [13]). Troplong указываетъ, что въ докладѣ Трибунату отъ имени законодательной секціи докладчикъ Mouricault обосновывалъ принципъ 1743 ст. положеніемъ, что никто не можетъ передать другому болѣе правъ, чѣмъ самъ имѣетъ. Къ этому обоснованію онъ и присоединяется всецѣло [14]). Однако и Mouricault въ своемъ докладѣ, и Jaubert въ своей рѣчи въ законодательномъ корпусѣ, на котораго Troplong также ссылается, выставляли по-преимуществу практическія соображенія, обосновывая необходимость сохраненія силы наемныхъ договоровъ [15]). Притомъ положеніе, что никто не можетъ передать другому болѣе правъ, чѣмъ самъ имѣетъ, вовсе непримѣнимо при доказательствѣ вещной природы найма имуществъ. Имъ желаютъ доказать, что наемъ имуществъ есть вещное отношеніе, между тѣмъ какъ ссылка на него была бы правильна лишь послѣ доказательства, что наемъ имуществъ принадлежитъ къ правамъ вещнымъ. Обязательственный характеръ найма имуществъ нисколько не разрушается положеніемъ, что никто не можетъ передать другому болѣе правъ, чѣмъ самъ имѣетъ, ибо собственникъ, отдавая вещь въ наемъ, обязуется предоставлять пользованіе ею, а не передаетъ на нее вещныя права; поэтому онъ можетъ передать другому свое право полной собственности, оставаясь все же связаннымъ договоромъ найма. Но точка зрѣнія Troplong на наемъ имуществъ въ настоящее время почти совсѣмъ оставлена во Франціи и теоретиками, и практиками [16]) и на ст. 1743 Code civil смотрятъ

[13]) См. прим. 4.
[14]) Troplong, p. 28 et suiv.
[15]) Code civil des français, contenant la série des lois qui le composent, avec leurs motifs, Paris, 1804, livre troisième, troisième partie, p.p. 311 et 329.
[16]) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 1909, II, 565.

Digitized by Google

какъ на изъятіе изъ общихъ принциповъ обязательственнаго права, вызваннаго соціально-экономическими соображеніями [17]).

Интересную судьбу испытала проблемма «Kauf bricht Miete»—«Kauf bricht nicht Miete» при созданіи германскаго гражданскаго уложенія, вступившаго въ силу съ 1 января 1900 года. Первый проектъ сталъ всецѣло на римскую точку зрѣнія [18]). Но противъ такого пренебреженія къ интересамъ громаднаго класса нанимателей поднялась столь суровая критика и были выставлены столь серьезныя практическія возраженія, что второй проектъ, оставаясь на точкѣ зрѣнія обязательственнаго характера найма имуществъ, вынужденъ былъ принять принципъ «Kauf bricht nicht Miete» [19]), ставшій закономъ въ видѣ § 571. Послѣдній гласитъ: «если нанятый участокъ земли по предоставленіи его нанимателю отчужденъ наймодавцемъ третьему лицу, то пріобрѣтатель, пока продолжается его право собственности, вступаетъ на мѣсто наймодавца, во всѣ права и обязанности, вытекающія изъ отношенія по найму имущества». И по поводу этого параграфа въ связи съ регулируемымъ имъ правоотношеніемъ споры не прекращаются. Одни считаютъ наемъ имуществъ вещнымъ, другіе — обязательственнымъ правомъ. Послѣднихъ однако подавляющее большинство, и на § 571 смотрятъ какъ на аномалію въ системѣ Гражд. Улож., вызванную практическими соображеніями [20]).

* * *

Такимъ образомъ, мы видѣли, что европейскія законодательства не считаютъ наемъ имуществъ вещнымъ правомъ, несмотря на то, что всѣ они такъ или иначе, въ большой или малой степени даютъ

---

[17]) Guillouard, Traité du contrat du louage, I, 41 suiv.

[18]) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, § 509. Нанимателю все же давался законный срокъ на удаленіе (§ 522).

[19]) Entwurf, Zweite Lesung, § 512.

[20]) Crome, S. 24.—I. v. Standingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bnd. II, Lief. 2, S. 969.—Mittelstein, Die Miete, S. 482.

Другіе, принципіально примыкая къ большинству, видятъ въ созданной параграфомъ 571 нормѣ обязательство, связанное съ правомъ собственности на недвижимое имущество (Zustandsobligation). «Man wird sich damit begnügen müssen,—говоритъ Дернбургъ,—«dass das Gesetz die gegenseitigen obligatorischen Rechte und Pflichten von Vermieter und Mieter unmittelbar an das Eigentum des vermieteten und verpachteten Grundstückes knüpft, woraus sich die Rechte des Erwerbers gegen den Mieter und die Rechte des Mieters gegen den Erwerber ergeben» (Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, 1901, S. 172. Также P. Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen, II, 610). Противъ понятія Zustandsobligation—Eneccerus (Lehrbuch, I, 2 Abt., S. 380 Anm. 2), который указываетъ, что конструкція эта могла бы быть правильной, если бы во всѣхъ случаяхъ перехода имуществъ переходили права и обязанности контрагентовъ на нанимателя и новаго пріобрѣтателя, чего на самомъ дѣлѣ нѣтъ, но, кромѣ того, она неудачна и потому, что возможенъ переходъ владѣнія не по титулу собственности.

Digitized by Google

нанимателю возможность сохранить свой наемъ при переходѣ нанятаго имущества. Болѣе того, найму имуществъ могутъ быть присвоены законодательствомъ и другія вотчинныя послѣдствія, и все же наемъ остается отношеніемъ обязательственнаго права.

Нельзя конструировать наемъ имуществъ какъ вещное право и по русскому праву. Законы о наймѣ имуществъ помѣщены въ кн. IV т. X ч. 1, озаглавленной «О обязательствахъ по договорамъ». Несмотря на это, право наше не даетъ ясныхъ критеріевъ для сужденія о томъ, къ какому разряду правъ желалъ отнести законодатель наемъ имуществъ. К. Змирловъ находитъ, что «Сводъ Гражданскихъ Законовъ права нанимателя на нанятое имущество относитъ къ вещнымъ правамъ» [21]). Къ такому заключенію приводитъ его, по преимуществу, указъ 8 іюня 1738 года съ его формой крѣпости подъ лит. *И*, въ которой выражена обязанность для пріобрѣтателя двора не высылать арендатора и его жильцовъ, а также ст. 521 т. X, ч. 1 [22]). Какъ мы увидимъ ниже, Прав. Сенатъ, придавая общее значеніе ст. 521, въ связи съ ст. 514, въ смыслѣ обязательности осуществленныхъ договоровъ найма имуществъ для новыхъ пріобрѣтателей, все же не считаетъ наемъ имуществъ правомъ вещнымъ. А что касается формы крѣпости подъ лит. *И*, приложенной къ указу 8 іюня 1738 года, то въ ней, въ лучшемъ случаѣ, выраженъ лишь принципъ «Kauf bricht nicht Miete», именно обязанность для новаго пріобрѣтателя соблюдать договоръ найма [23]). Небезынтересно при этомъ отмѣтить, что въ томъ же указѣ книга вотчинная обозначена отдѣльно отъ наемной [24]), что вовсе не говоритъ въ пользу толкованія Змирлова. Возвращаясь къ практикѣ Прав. Сената по вопросамъ объ юридической природѣ найма имуществъ и характерѣ нормъ, устанавливающихъ обязательность для третьихъ пріобрѣтателей имуществъ договоровъ найма, необходимо отмѣтить, что нормы, выработанныя Сенатомъ, должны имѣть для насъ рѣшающее значеніе,—какъ потому, что онѣ, за неполнотою закона, предста-

[21]) Договоръ найма имуществъ по нашимъ законамъ. Журн. гр. и уг. пр., 1884, II, 87.

[22]) Цит. ст., стр. 88.

[23]) ...ежели онъ, господинъ Мурзинъ показанный свой дворъ пожелаетъ кому продать въ вѣчной владѣніе, чтобы меня Фермелину и пущаемыхъ отъ меня въ тѣ три года не высылать,...»

[24]) Въ указѣ 8 іюня 1738 г. (п. с. з., № 7594), между прочимъ, сказано: «Для записки собираемыхъ при письмѣ крѣпостей, пошлинныхъ и прочихъ указныхъ денегъ и крѣпостей, имѣть тебѣ нижеслѣдующія книги, а именно: 1) Приходную.....2) Вотчинную, въ которую записывать купчіе и закладные на вотчины и на вотчинныя земли съ людьми и со крестьяны, и закладные на людей и на крестьянъ, безъ земли и съ землею, а въ которомъ земель, по приложенной формѣ подъ литерою Б. . . . .10) Изъбную, въ которую записывать въ наймѣ дворовъ и дворовыхъ подъ хоромное строеніе мѣстъ, по приложенной формѣ подъ литерою И».

Digitized by Google

вляютъ собою дѣйствующее право, такъ и потому, что, въ сущности, арендное право могло развиваться въ Россіи лишь во второй половинѣ XIX вѣка, послѣ крестьянской реформы. Съ нѣкоторыми зигзагами Прав. Сенатъ пришелъ, въ согласіи съ наукой и европейскими законодательствами, къ тѣмъ положеніямъ, что договоръ имущественнаго найма устанавливаетъ между сторонами личное отношеніе, что же касается до обязательности найма для новыхъ пріобрѣтателей имущества и другихъ явленій, свойственныхъ правамъ вещнымъ, то они являются нормами исключительными, не мѣняющими природы правъ сторонъ въ наймѣ имуществъ [25]).

Впервые вопросъ объ обязательности арендныхъ договоровъ для новаго собственника при добровольной продажѣ былъ разрѣшенъ старымъ Сенатомъ въ 1859 году [26]). Въ рѣшеніи этомъ сказано: «Принимая во вниманіе, что по 1705 ст. 1 ч. X т. Св. Зак. Гражд. соблюденіе контрактовъ равно обязательно для обѣихъ заключающихъ условіе сторонъ, Общее Собраніе находитъ, что прежняя владѣлица дома, Колерджи, отдавъ Гоне и Лопиталю квартиры по законно-совершеннымъ контрактамъ, ограничила такимъ образомъ, до истеченія сроковъ этому найму, права свои по дому и, при продажѣ онаго женѣ Ландсбергъ, естественно не могла передать ей болѣе правъ на собственность свою, нежели сама имѣла, а посему Ландсбергъ, будучи пріемницею домавладѣльческихъ правъ Колерджи, должна необходимо подчиниться и тѣмъ ограниченіямъ, которыя существовали въ отношеніи самой Колерджи. По силѣ же 521 ст. 1 ч. X т. вотчинникъ, не смотря на то, что имущество его находится по законно совершеннымъ актамъ во временномъ отдѣльномъ владѣніи посторонняго лица, можетъ однакожъ уступить или передать кому-либо, по своему произволу принадлежащее ему право соб-

[25]) По поводу позиціи нашей судебной практики по даннымъ вопросамъ, въ мотивахъ къ Проекту Гражд. Улож. (книга V, т. II, стран. 109) сказано, что она, «не отождествляя имущественнаго найма съ вотчиннымъ правомъ, присвоиваетъ этому договору вотчинный характеръ, т.-е. нѣкоторое сходство съ вотчиннымъ правомъ». Далѣе Проектъ уже находитъ, что «этого же мнѣнія о вотчинномъ характерѣ найма придерживается, за немногими исключеніями, и русская юридическая литература». Послѣднее утвержденіе нельзя признать правильнымъ. Голоса русской юридической литературы по вопросу о природѣ имущественнаго найма разбились. Во всякомъ случаѣ, многіе видные ея представители, ученые и практики, высказывались и теперь высказываются въ пользу отнесенія найма имуществъ къ обязательственнымъ правамъ. Сюда принадлежатъ Мейеръ (Русское гражд. право, стран. 503), Умовъ (писавшій не о русскомъ правѣ, но точка зрѣнія котораго очень опредѣленна), Принтцъ (о немъ ниже), Домашевскій-Неслякъ (По поводу 1099 и 1100 ст. Уст. Гр. Суд., «Журн. гр. и уг. права», 1883, VI), А. Г. Гусаковъ и А. Э. Вормсъ (О новомъ проектѣ вотчиннаго устава, «Журн. мин. юст.», 1895, V, стран. 58, 59) и др. (Побѣдоносцевъ не высказывается категорически. I, 358 сл.); впослѣдствіи Анненковъ, Шершеневичъ, Гуляевъ и др.

[26]) Сборникъ рѣшеній Пр. Сен., т. II, № 343.

Digitized by Google

ственности на таковое имущество, впрочемъ не стѣсняя онымъ правъ отдѣльнаго владѣнія». И здѣсь, слѣдовательно, повторяется тезисъ, выставленный Mouricault, что никто не можетъ передать другому болѣе правъ, чѣмъ самъ имѣетъ. Примѣненіе этого тезиса къ проблеммѣ «Kauf bricht nicht Miete», какъ мы видѣли, ошибочно, но пока не выяснились окончательно природа правъ нанимателя и юридическій характеръ обязательности для новаго собственника наемныхъ договоровъ, тезисъ этотъ играетъ большую роль въ аргументаціи какъ теоретиковъ, такъ и судебной практики. На этотъ тезисъ ссылаются Куницынъ [27]) и Змирловъ [28]), и имъ же аргументируетъ Гражд. Касс. Деп. Прав. Сен. въ своихъ первоначальныхъ рѣшеніяхъ (68/771 [29]); 69/882).

Какъ въ рѣшеніи Общ. Собр. 1859 г. по дѣлу Ландсбергъ, такъ и въ рѣшеніяхъ Гражд. Кас. Деп. обязательность договоровъ найма имуществъ для новыхъ пріобрѣтателей выводятся изъ ст. 521 т. X ч. 1, по которымъ вотчинникъ въ случаѣ нахожденія его имущества по законно-совершеннымъ актамъ во временномъ отдѣльномъ владѣніи посторонняго лица можетъ отчудить это имущество, не стѣсняя однако правъ отдѣльнаго владѣнія. Владѣніе по договору, согласно ст. 514 [30]) т. X ч. 1, составляетъ особое право, если владѣлецъ отдѣлилъ его отъ права собственности. Поэтому это право не должно нарушаться при передачѣ собственности. Пользованіе же по договору найма есть то же владѣніе (рѣш. 68/771, 70/401; 73/8).

Но примѣняя ст. 521, какъ общее правило, Прав. Сенатъ имѣетъ въ виду только договоры найма осуществившіеся (рѣш. $^{68}/_{771}$; $^{69}/_{882}$; $^{70}/_{1794}$; $^{77}/_{83}$; $^{78}/_{234}$; $^{79}/_{129}$; $^{80}/_{301}$; $^{1905}/_{50}$). Установленіе такого ограниченія объясняется обязательственной природой найма имуществъ. Если на пріобрѣтателя имѣнія переходитъ обязанность соблюденія контракта, то лишь въ томъ случаѣ, когда предметъ договора предоставленъ нанимателю и онъ можетъ выставить возраженіе, что имущество поступило въ его пользованіе правомѣрно, что онъ осуществляетъ свое право. Когда же имущество не предоставлено нанимателю,— потому ли что не наступилъ срокъ дѣйствія договора, или потому, что, хотя срокъ и наступилъ, но собственникъ, въ нарушеніе договора, не передалъ имущества

---

[27]) О силѣ договора найма имуществъ, «Журн. мин. юст.», 1861, т. 9, стран. 506 и сл.

[28]) Цит. статья, стран. 89.

[29]) «...продавецъ не можетъ уступить покупщику больше правъ на имѣніе, нежели сколько онъ самъ имѣлъ; и, слѣдовательно, если его право было ограничено отдачею всего или части имѣнія въ арендное содержаніе, то онъ передаетъ только это ограниченное право собственности...».

[30]) По отношенію къ движимымъ имуществамъ правило ст. 514 т. X ч. 1 повторяетъ ст. 535.

Digitized by Google

нанимателю,—новый собственникъ не обязанъ заботиться о контрактѣ [31]). Нанимателю остается тогда лишь искать убытки съ перваго собственника за неисполненіе договора. Такое же требованіе осуществленія договора выставляетъ § 571 B. G. B. («Wird das vermiethete Grundstück nach der Ueberlassung an den Miether von dem Vermiether an einen Dritten veräussert,..») и Art. 1743 Code civil («Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire...»).

Однако изъ ст. 521, въ связи со ст. 514, обязательность найма имущества для новаго собственника устанавливается путемъ толкованія. Такое толкованіе было бы крайне затруднено, если бы въ законахъ нашихъ не содержалось другихъ статей, упоминающихъ въ гораздо болѣе ясной формѣ объ обязанности пріобрѣтателей соблюдать договоры найма. Статьи эти—1703 т. X ч. 1 и особенно 1099—1100 Уст. Гр. Суд. [32]). Въ ст. 1703 указано, что при заключеніи арендныхъ контрактовъ съ полученіемъ или назначеніемъ къ полученію арендныхъ денегъ впередъ болѣе, чѣмъ за годъ, контракты эти должны быть заключены крѣпостнымъ порядкомъ, чтобы по количеству взятой суммы налагалось запрещеніе,—безъ чего означенные контракты должны считаться недѣйствительными,—и чтобы запрещеніе не препятствовало продажѣ или залогу, лишь бы покупатель или принимать залога имѣли въ виду контрактъ, который должны они наблюсти въ точности. Послѣдняя фраза убѣждаетъ въ томъ, что ст. 1703 подтверждаетъ общій законъ объ обязательности арендныхъ договоровъ для пріобрѣтателей имѣнія. Вѣдь, если при полученія арендныхъ денегъ впередъ болѣе, чѣмъ за годъ, покупатель долженъ соблюдать контрактъ, то тѣмъ болѣе должно это имѣть мѣсто при обычномъ полученіи арендной платы за небольшіе сроки.

Далѣе, что касается статей 1099—1100 Уст. Гр. Суд., то въ первой сказано, что договоры по имѣнію, заключенные должникомъ до полученія повѣстки объ обращеніи взысканія на его имѣніе, сохраняютъ свою силу до назначеннаго въ нихъ срока; ст. же 1100, устанавливая исключеніе изъ правила ст. 1099, указываетъ на слу-

---

[31]) Въ рѣш. $^{81}/_{98}$ Прав. Сенатъ, врядъ ли правильно, призналъ осуществившимся и такой договоръ, который былъ заключенъ до перехода имѣнія къ новому собственнику, но имѣніе не было передано арендатору, при чемъ, съ одной стороны, покупщики знали о немъ изъ нотаріальнаго заявленія арендатора, съ другой стороны—арендаторъ предъявлялъ искъ о сдачѣ ему имѣнія въ пользованіе къ первоначальному собственнику.

[32]) Въ рѣшеніяхъ, въ которыхъ устанавливается общій принципъ, статьи 521, 1703 т. X ч. 1 и 1099—1100 Уст. Гр. Суд. обычно приводятся всѣ вмѣстѣ— $^{70}/_{1704}$; $^{73}/_{1224}$; $^{77}/_{83}$. — Къ перечисленнымъ статьямъ слѣдуетъ присоединить и ст. 635 т. X ч. 1, по которой добросовѣстный владѣлецъ обязанъ возвратить настоящему хозяину полученныя впередъ за наемъ деньги. См. рѣш. № 50—1905 г.

Digitized by Google

чай, когда такіе договоры могутъ быть уничтожены взыскателемъ или покупщикомъ съ публичнаго торга: именно, когда они заключены послѣ полученія повѣстки и клонятся ко вреду того или другого[33]). Такимъ образомъ, и эти обѣ статьи требуютъ сохраненія силы арендныхъ договоровъ для пріобрѣтателя имѣнія съ публичнаго торга.

Но тутъ возникаетъ прежде всего вопросъ о томъ, не относятся ли эти статьи только къ случаямъ публичной продажи имѣній. Дѣйствительно ли онѣ имѣютъ общій смыслъ и лишь въ спеціальной области повторяютъ то общее положеніе, что съ переходомъ имѣній къ третьимъ лицамъ, въ договорѣ найма не участвовавшимъ, арендные договоры не прекращаютъ своей силы? Въ литературѣ было высказано Принтцемъ мнѣніе, что вообще арендные договоры, по русскому праву, необязательны для пріобрѣтателей имѣній и что они сохраняютъ свою силу по отношенію къ нимъ лишь при переходѣ имѣній чрезъ публичную продажу или по судебному рѣшенію, ибо въ этихъ случаяхъ приводятся въ извѣстность всѣ обязательства, лежащія на имѣніи [34]). По мнѣнію Принтца, слѣдовательно, изъ стт. 1099—1100 Уст. Гр. Суд. общихъ выводовъ сдѣлать нельзя—и при переходѣ имѣній путемъ добровольнаго отчужденія новый собственникъ не связанъ арендными договорами [35]). Но если бы правильно было мнѣніе Принтца, то такое положеніе вещей было бы ненормальнымъ и требовало бы во всякомъ случаѣ какого-нибудь разумнаго объясненія. Въ самомъ дѣлѣ, почему наниматель имѣнія при публичной продажѣ долженъ быть лучше огражденъ, чѣмъ при добровольной? Законъ вѣдь вообще считаетъ нужнымъ оградить въ значительной степени интересы покупщика съ публичнаго торга. Такъ, ст. 1061 Уст. Гр. Суд. говоритъ, что проданные съ публичнаго торга предметы во всякомъ случаѣ остаются за покупщикомъ; ст. 1347 т. X ч. 1 считаетъ родовыя имущества неподлежащими выкупу, когда родовое имущество за долги или по залогамъ и обязательствамъ владѣльца продано будетъ съ публичнаго торга [36]).

---

[33]) Доказать этотъ вредъ должны покупщикъ или взыскатель ($^{73}/_{1681}$; $^{77}/_{36}$).

[34]) Принтцъ, Аренда земельныхъ имуществъ, стран. 53 и сл. Отголоски—въ рѣш. $^{78}/_{201}$, докладывалъ дѣло Принтцъ.

[35]) О. Домашевскій-Неслякъ въ своей замѣткѣ «По поводу 1099 и 1100 ст. Уст. Гр. Суд.» («Журн. гр. и уг. права», 1883, VI) возстаетъ противъ всѣхъ статей закона, которыми устанавливается обязательность арендныхъ договоровъ при переходѣ имуществъ къ третьимъ лицамъ, и считаетъ, «что ст. 1099 и 1100 Уст. Гр. Суд. и поясняющія ихъ кассаціонныя рѣшенія расходятся съ научными понятіями о договорѣ и правѣ собственности и съ точнымъ смысломъ 420, 569 и 570 ст. X т. I ч.». Но, какъ мы видѣли, почти всѣ современныя законодательства и правосознаніе почти всѣхъ народовъ расходятся съ авторомъ, который въ своей крайности не признаетъ обязательности договоровъ о имуществѣ даже для универсальныхъ преемниковъ.

[36]) Куницынъ, О силѣ договора найма имуществъ, стран. 520. См. также ст. 1169 Уст. Гр. Суд.

Digitized by Google

Независимо отъ этого, и интересы нанимателя въ случаѣ публичной продажи имѣнія вообще лучше ограждены, чѣмъ интересы нанимателя при добровольномъ отчужденіи. Въ первомъ случаѣ, благодаря обрядамъ, предшествующимъ публичной продажѣ, и подготовительнымъ къ ней срокамъ, наниматель не только не можетъ не знать о предстоящей судьбѣ имѣнія, но и имѣетъ время принять какія-либо мѣры въ огражденіе своихъ интересовъ. Во второмъ случаѣ, при добровольномъ отчужденіи,—наниматель обычно не можетъ знать, предпринимаетъ ли что-либо собственникъ и что именно; переходъ имѣнія становится ему извѣстнымъ послѣ того, какъ онъ состоялся. Поэтому неудивительно, что законодательства стремятся обезпечить интересы нанимателей въ большей мѣрѣ при добровольномъ, чѣмъ при принудительномъ отчужденіи. Такъ Германское Гражданское Уложеніе признаетъ обязанность для пріобрѣтателя имѣнія соблюдать договоры найма лишь при добровольномъ отчужденіи; при принудительной же продажѣ покупщикъ въ правѣ удалить нанимателя, предваривъ его лишь въ установленный срокъ. По австрійскому праву «при принудительномъ судебномъ отчужденіи наемщикъ или арендаторъ устраняется новымъ покупщикомъ даже въ томъ случаѣ, когда право наемщика или арендатора внесено, какъ вещное право, въ публичныя книги[37]). Даже прусское земское уложеніе, которое считало право арендатора вещнымъ не только, когда договоръ внесенъ въ ипотечныя книги, но и когда онъ только осуществленъ, не признавало обязательности имущественнаго найма для пріобрѣтателей имѣнія съ публичнаго торга. (I, 21, § 350.)

Такимъ образомъ, необходимо притти къ выводу, что и статьи 1099—1100 Уст. Гр. Суд. не устанавливаютъ привилегій для нанимателей при публичной продажѣ, а подтверждаютъ общее правило объ обязательности для пріобрѣтателей имѣній договоровъ имущественнаго найма, при чемъ ст. 1099 подтверждаетъ это правило положительно, ст. же 1100, устанавливая исключеніе изъ него. Такая точка зрѣнія и выражена Гр. Кас. Деп. Пр. Сен. еще въ 1868 г. въ рѣш. № 771, въ которомъ сказано: «Наконецъ, толкованіе просителемъ ст. 2033 X т. 2 ч. и 1099 ст. Уст. Гр. Суд. совершенно неправильно, потому что въ статьяхъ этихъ не постановлено, чтобы только при публичной продажѣ имуществъ прежніе договоры сохраняли свою силу».

Итакъ, можно сказать, что принципъ «Kauf bricht nicht Miete» принятъ нашимъ правомъ и примѣняется Пр. Сенатомъ довольно широко. При этомъ, по разъясненіямъ Сената, не только при добровольной и принудительной продажѣ имѣній сохраняютъ свою силу

[37]) Ст. 1121 Общ. Гражд. Ул. Австрійской Имперіи, пер. Г. Вербловскаго.

Digitized by Google

арендные договоры, но и при отсужденіи имѣнія его настоящимъ собственникомъ ($^{80}/_{301}$; $^{1905}/_{50}$), при выкупѣ имѣнія по ст. 1347 т. X ч. 1 ($^{91}/_{40}$), при переходѣ къ собственнику вслѣдствіе прекращенія пожизненнаго владѣнія ($^{92}/_{11}$, п. 4 ст. 533[7] т. X ч. 1) и при поступленіи имѣнія къ залогодержателю во временное владѣніе по 1129 ст. Уст. Гр. Суд. ($^{74}/_{740}$; $^{93}/_{76}$; см. однако $^{71}/_{440}$) [38]). Интересно отмѣтить, что Проектъ Гражд. Улож. счелъ даже нужнымъ сузить права нанимателя въ интересахъ пріобрѣтателей [39]).

Но признавая широко принципъ «Kauf bricht nicht Miete», Пр. Сен., какъ мы уже говорили, не ставитъ его въ зависимость отъ права нанимателя на вещь. Правда, мы встрѣчаемся въ старыхъ рѣшеніяхъ съ утвержденіемъ, что обязательность договоровъ для новыхъ пріобрѣтателей имѣетъ мѣсто въ силу положенія, что никто не можетъ передать другому болѣе правъ, чѣмъ самъ имѣетъ,—положенія, которое выдвигаютъ сторонники признанія за наймомъ имуществъ вещнаго характера. Но въ цѣломъ рядѣ рѣшеній Пр. Сен. высказывается категорически въ пользу обязательственнаго характера найма имуществъ. Такъ въ рѣш. № 1893—1870 г. опредѣляется понятіе найма имуществъ: «а)...наймодатель обязанъ предоставить наемщику пользованіе предмета найма, согласно условію, на все время заключеннаго найма и имѣетъ за то право требовать отъ наемщика условленной наемной платы въ условленное время; б)...наемщикъ, напротивъ, имѣетъ право требовать отъ наймодателя предоставленія ему предмета найма для пользованія въ условленномъ видѣ и на условленный срокъ и за то обязанъ заплатить наймодателю цѣну найма въ условленномъ количествѣ и въ условленные сроки платежа...» Въ рѣш. № 118—1880 г. сказано: «Но по договору договаривающіяся стороны пріобрѣтаютъ извѣстныя права въ отношеніи другъ къ другу, и не въ отношеніи третьихъ лицъ, а потому исполненіе договора можетъ быть требуемо лишь только отъ контрагента, а не отъ третьяго лица, которое въ договорѣ не участвуетъ. Вслѣдствіе сего наниматель не въ правѣ требовать передачи нанятаго имѣнія отъ третьяго лица, которое по заключенному имъ съ соб-

---

[38]) Въ этомъ рѣшеніи за залогодержателемъ признано право удалить нанимателя, заключившаго договоръ съ собственникомъ, т.-е. выраженъ принципъ: «Kauf bricht Miete».

[39]) Какъ общее правило, Проектъ признаетъ обязательными договоры найма (при добровольномъ возмездномъ отчужденіи, при публичной продажѣ и при отсужденіи имѣнія—кн. V, т. II, ст. 325), если они внесены въ вотчинную книгу (ст. 320). Не внесенные же договоры обязательны лишь, если они, во-первыхъ, совершены на письмѣ, если, во-вторыхъ, время совершенія ихъ достовѣрно и если, въ-третьихъ, имущество до перехода права собственности находилось въ пользованіи нанимателя. При всемъ томъ договоръ дѣйствителенъ не далѣе трехъ лѣтъ со дня внесенія новаго собственника въ вотчинную книгу (ст. 321).

Digitized by Google

ственникомъ наемному договору уже вступило въ пользованіе имѣніемъ, хотя бы этотъ послѣдній договоръ и былъ заключенъ позже договора, исполненіе котораго требуетъ наниматель. Въ приведенномъ случаѣ права обоихъ нанимателей по заключеннымъ ими съ собственникомъ арендным договорамъ представляются равносильными, и нѣтъ основанія отдавать предпочтеніе первому нанимателю предъ вторымъ, уже осуществившимъ свои права по договору. Предпочтеніе въ пользу перваго нанимателя можетъ быть допущено только въ томъ случаѣ, когда второй наниматель при заключеніи договора дѣйствовалъ недобросовѣстно, зная о томъ, что собственникъ отдалъ свое имѣніе въ наемъ другому лицу, или когда онъ долженъ былъ знать о прежнемъ договорѣ вслѣдствіе наложеннаго по оному запрещенія (ст. 1703 ч. 1 т. X). Но и въ обоихъ указанныхъ случаяхъ имѣніе можетъ быть отобрано отъ второго нанимателя не прежде, какъ по признаніи судомъ его наемнаго договора недѣйствительнымъ, по иску, предъявленному къ нему и къ собственнику имѣнія первымъ нанимателемъ». Въ рѣш. № 59—1882 г. говорится: «Въ противоположность вещному праву на чужое имущество изъ договорнаго отношенія по имуществу возникаетъ не право на имущество, а только обязательство между договаривающимися лицами» «см. также рѣш. $^{77}/_{83}$; $^{78}/_{234}$; $^{86}/_{87}$; $^{93}/_{92}$ и др.).

Эти свои общіе взгляды на наемъ имуществъ Пр. Сенатъ примѣнялъ на цѣломъ рядѣ случаевъ, которые разрѣшены имъ такъ, что о вотчинныхъ послѣдствіяхъ найма имуществъ не можетъ быть и рѣчи. Такъ по отношенію къ конкурсу надъ имуществомъ наймодавца, Гр. Кас. Деп. Пр. Сен. высказался въ томъ смыслѣ, что соблюденіе договора, заключеннаго несостоятельнымъ до объявленія несостоятельности, для конкурса необязательно. Прав. Сен. руководствовался при этомъ 3 п. 1949 ст. т. XI ч. 2 (нынѣ 3 п. ст. 477 того же тома и части), въ которой сказано, что если исполненіемъ договора имущество несостоятельнаго можетъ получить какое-либо приращеніе или быть предохранено отъ ущерба, то конкурсное управленіе приводитъ договоръ въ исполненіе; въ противномъ случаѣ сторонѣ предоставляется искать убытки съ конкурсной массы. Въ 1875 г. (рѣш. № 518) на разсмотрѣніи Пр. Сен. было дѣло, въ которомъ истцы, заключившіе договоръ найма крѣпостнымъ порядкомъ, согласно 1703 т. X ч. 1, домогались отъ конкурснаго управленія его осуществленія. Суд. Пал. нашла, что «договоръ найма устанавливаетъ право наемщика на извѣстную вещь, а не на личныя дѣйствія отдающаго въ наемъ, а потому исполненіе договора найма должно состоять въ передачѣ нанятаго имущества, а не въ одномъ правѣ требовать убытки за непередачу...». Не-

Digitized by Google

смотря однако на то, что договоръ былъ заключенъ съ соблюденіемъ ст. 1703 т. X ч. I, Прав. Сен. отмѣнилъ рѣшеніе Палаты, указавъ, что конкурсное управленіе въ правѣ отказаться отъ исполненія договора (см. также рѣш. $^{77}/_{282}$).

Что же касается исполненія въ натурѣ, въ которомъ Цибартъ видѣлъ существенное отличіе прусскаго права отъ другихъ и вещный характеръ найма, то Прав. Сен., оставаясь на точкѣ зрѣнія, высказаной имъ въ рѣш. 1880 г. № 118 относительно юридической природы имущ. найма, въ томъ же рѣшеніи опредѣлилъ свой взглядъ и на реальное исполненіе. «Въ случаѣ неисполненія одною стороною принятаго ею на себя обязательства, другая сторона имѣетъ право посредствомъ суда требовать исполненія договора (ст. 570 и 693 ч. 1 т. X и ст. 1 уст. Гражд. Суд.). Рѣшеніе суда, если оно не будетъ добровольно исполнено отвѣтчикомъ, приводится въ исполненіе по правиламъ, которыя указаны въ Уст. Гражд. Суд. и которыя предусматриваютъ слѣдующіе способы исполненія: передачу имущества натурою, взысканіе присужденной суммы съ имущества отвѣтчика и производство на счетъ отвѣтчика тѣхъ дѣйствій и работъ, которыя не будутъ имъ совершены въ назначенный судомъ срокъ (ст. 933 и 934 Уст. Гражд. Суд.)» (см. также рѣш. $^{77}/_{83}$; $^{79}/_{317}$; $^{905}/_{102}$ и особенно $^{911}/_{2}$) [40]).

Далѣе, если бы у нанимателя, по русскому праву, было право на вещь, а не на дѣйствіе со стороны наймодавца, то и владѣніе свое онъ въ правѣ былъ бы защищать не только отъ нарушеній посторонніхъ лицъ (такое право Сенатъ признаетъ за нимъ), но и отъ собственника. Первоначально, впрочемъ, Прав. Сен. призналъ (рѣш. $^{71}/_{600}$), что «лицу, владѣющему и пользующемуся чужимъ имуществомъ по договору найма, неотъемлемо принадлежитъ право защищать судебнымъ порядкомъ (ст. 1 Уст. Гражд. Суд.) свое право владѣнія и пользованія, установленныя договоромъ найма, отъ нарушеній какъ самого владѣльца, такъ и посторонніхъ». Но затѣмъ Прав. Сен. неизмѣнно настаивалъ на томъ, что арендаторъ имѣетъ владѣніе производное, зависимое ($^{93}/_{34}$, $^{99}/_{96}$), что «права собственника черезъ уступку права владѣнія имѣніемъ по договору другому лицу нисколько чрезъ ту уступку не умень-

[40]) Послѣднее рѣшеніе относится къ праву Прибалтійскихъ губерній, но въ немъ высказывается общая точка зрѣнія на возможность принудительнаго исполненія договора найма передачею предмета найма.—Шершеневичъ (Учебникъ русск. гр. права, 6-е изд., стран. 520) находитъ практику Прав. Сената неправильной—въ виду возможности передачи вещи другому нанимателю. Но почему надо лишить нанимателя права требовать передачи предмета найма, который находится у собственника? Убытки взыскивать сплошь и рядомъ еще труднѣе и сложнѣе. Процессъ долженъ стремиться къ тому, чтобы нарушенные интересы удовлетворялись возможно точнѣе.

Digitized by Google

шаются въ отношеніи третьихъ лицъ...» ($^{75}/_{426}$), что арендаторъ не можетъ предъявить искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія къ собственнику имѣнія и ихъ отношенія должны быть выясняемы лишь на основаніи заключеннаго между ними договора ($^{72}/_{566}$; $^{74}/_{474}$; $^{76}/_{239}$; $^{77}/_{22}$; $^{96}/_{130}$; $^{02}/_{50}$; Общ. Собр. $^{90}/_{6}$). Сенатъ идетъ даже слишкомъ далеко, утверждая, что не могутъ два арендатора предъявлять другъ къ другу иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, если они арендуютъ имѣніе или части его у одного и того же собственника, ибо владѣніе каждаго изъ нихъ зависитъ отъ владѣнія собственника, представителями котораго они являются ($^{78}/_{160}$; $^{79}/_{182}$).

Вмѣстѣ съ тѣмъ Прав. Сен. признаетъ, что иски между арендаторомъ и собственникомъ, цѣна коихъ не превышаетъ 500 рублей, предъявляются въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ ($^{72}/_{467}$; $^{73}/_{1258}$ и $_{1493}$; $^{74}/_{698}$; $^{75}/_{1059}$; $^{77}/_{107}$; $^{77}/_{113}$). Отсюда также слѣдуетъ, что у арендатора нѣтъ вещнаго права на переданное ему въ пользованіе имущество, ибо если бы такое право у него было, то мировая подсудность въ силу 1 п. ст. 31 Уст. Гражд. Суд. исключалась бы, какъ исключается она при спорахъ, напр., чиншевиковъ съ собственникомъ земли ($^{77}/_{109}$).

Но помимо этого, Прав. Сен. называетъ право арендатора движимымъ именно потому, что оно не вещное. Такъ въ рѣш. $^{93}/_{92}$ сказано: «...всякаго рода права на срочную аренду, а слѣдовательно — и на аренду изъ выстройки, принадлежатъ къ разряду правъ обязательственныхъ, а не вещныхъ правъ на недвижимость, почему и относятся къ имуществамъ движимымъ, въ силу 402 ст. X т. 1 ч.» (см. также рѣш. $^{81}/_{45}$ и $^{86}/_{67}$).

Наконецъ, территоріальная подсудность носила бы нѣсколько иной характеръ, если бы имущественный наемъ былъ правомъ вещнымъ. Согласно ст. 209 Уст. Гражд. Суд. иски, проистекающіе изъ договоровъ, въ которыхъ исполненіе по свойству обязательства можетъ послѣдовать лишь въ опредѣленномъ мѣстѣ, подсудны мѣстному, по исполненію договора, суду. Въ договорахъ найма недвижимаго имущества исполненіе со стороны наймодавца можетъ послѣдовать лишь въ мѣстѣ нахожденія его имѣнія. Но ст. 209 даетъ истцу право предъявить искъ не по мѣсту жительства отвѣтчика, а по мѣсту нахожденія предмета договора, и не устанавливаетъ обязанности его въ этомъ отношеніи. Законъ этой статьи создаетъ льготу для истца (см. рѣш. $^{1908}/_{5}$), а не обязанность суда принимать искъ изъ договоровъ о недвижимомъ имуществѣ лишь въ томъ случаѣ, если они предъявлены по мѣсту нахожденія этого имущества, какъ по ст. 212 Уст. Гражд. Суд., по которой «иски о правѣ собственности, владѣнія или пользованія и о всякомъ иномъ правѣ на не-

Digitized by Google

движимое имущество или на его принадлежности, предъявляются по мѣсту нахожденія сего имущества». Конечно, наниматель лишь въ исключительномъ случаѣ вздумаетъ предъявлять свой искъ не по мѣсту нахожденія предмета найма, но все же у него есть право обратиться съ искомъ и по мѣсту жительства наймодавца, ибо его отношеніе къ послѣднему обязательственное. Въ рѣш. Прав. Сен. № 281—1868 года сказано: «этотъ искъ возникъ изъ личнаго ихъ договора и потому правильно былъ предъявленъ и правильно принятъ по мѣсту жительства отвѣтчика». Искъ же былъ предъявленъ о неустойкѣ за неустройство колодца въ нанятомъ домѣ не по мѣсту нахожденія дома.

Такимъ образомъ, на цѣломъ рядѣ отношеній, которыя разно рѣшаются въ зависимости отъ того или иного нормированія въ законѣ найма имуществъ, мы видимъ, что наша судебная практика считаетъ право нанимателя обязательственнымъ. И если какое-либо отношеніе, какъ напр. наступающее при отчужденіи предмета найма, носитъ характеръ вотчиннаго послѣдствія, то Сенатъ не объясняетъ это вещнымъ характеромъ найма имуществъ, а ставитъ въ зависимость отъ прямо или косвенно выраженнаго въ законѣ исключительнаго правила [41]). Таковымъ является правило объ обязательности для новаго пріобрѣтателя осуществленнаго договора найма имуществъ, выраженное въ стт. 521 и 1703 т. X ч. 1 и 1099—1100 Уст. Гражд. Суд. Оно, въ сущности, является единственнымъ послѣдствіемъ найма имуществъ, дѣлающаго его похожимъ на вещное право, но тѣмъ не менѣе нисколько не превращающимъ его въ отношеніе вещное. То же самое исключеніе мы видѣли и въ германскомъ, и въ французскомъ правѣ, стоящихъ на точкѣ зрѣнія строго обязательственнаго характера найма имуществъ. И, слѣдовательно, новый собственникъ въ силу самаго закона, а не вслѣдствіе уступки правъ и обязанностей по договору прежнимъ собственникомъ, вступаетъ во всѣ права и обязанности наймодавца съ момента перехода къ нему имущества [42]).

А. М. Долматовскій.

---

[41]) Эта мысль объ исключительности нормы, устанавливающей обязанность новаго пріобрѣтателя соблюдать осуществленные договоры найма, хорошо формулирована въ рѣш. $^{77}/_{83}$; въ этомъ рѣшеніи сказано: «На третье лицо, въ заключеніи договора не участвовавшее, обязанность исполненія по договору можетъ перейти или въ силу выраженнаго имъ на то согласія, или въ силу особаго постановленія закона, которое, составляя исключеніе изъ общаго правила, не подлежитъ толкованію въ распространительномъ смыслѣ.

[42]) Вслѣдствіе этого онъ имѣетъ право на арендные платежи со дня перехода къ нему права собственности на имущество, и для него обязательны лишь тѣ платежи арендатора прежнему собственнику, которые сдѣланы въ строгомъ соотвѣтствіи съ договоромъ (см. рѣш. $^{75}/_{467}$).

Digitized by Google

Эсменъ какъ государствовѣдъ.

(Род. 1 февр. 1848 г. — ум. 8 авг. 1913 г.)

Смерть всякаго крупнаго ученаго является несомнѣнною потерею для науки. Но есть потери двоякаго рода. Въ однихъ случаяхъ пресѣкается жизнь сравнительно молодой, еще вполнѣ не развернувшейся научной силы. Тогда наука лишается нерѣдко лучшихъ работъ ученаго, еще не успѣвшаго осуществить всѣхъ своихъ замысловъ, еще не нашедшаго самого себя, своихъ темъ, своего научнаго стиля. Въ этомъ смыслѣ чѣмъ преклоннѣе возрастъ умершаго ученаго, тѣмъ меньше испытываемая при этомъ научная потеря. Имя такого ученаго нерѣдко еще при его жизни становится нарицательнымъ для тѣхъ или иныхъ теорій. Его личность какъ бы всецѣло растворяется и исчезаетъ въ этихъ теоріяхъ. Онъ уже при жизни становится какъ бы безсмертнымъ. И смерть въ такихъ случаяхъ представляетъ не болѣе какъ эпизодъ въ этой безличной жизни, пожалуй, даже своего рода жизненный юбилей, лишній поводъ для чествованія — не въ первый и не въ послѣдній разъ — ученаго, уже успѣвшаго стать наукою. Какъ потеря, такая смерть испытывается только людьми, лично и близко стоявшими къ умершему.

Но бываютъ научныя потери другого рода. Это — когда со смертью ученаго остаются его труды, сохраняется память о его имени, но умираетъ его доктрина, его школа, державшаяся только авторитетомъ его живой личности. Такая смерть полна глубокаго драматизма не только личнаго, но также и общественнаго. Она означаетъ, что заканчивается цѣлая эпоха и начинается новая эра въ исторіи той или иной науки. Въ такомъ именно смыслѣ и смерть Эсмена представляетъ очень крупную потерю для французскаго по крайней мѣрѣ государствовѣдѣнія, гораздо болѣе крупную, чѣмъ недавняя смерть Іеллинека для государствовѣдѣнія нѣмецкаго.

Дѣло не въ томъ, что Эсменъ могъ бы написать еще нѣсколько новыхъ книгъ или, по крайней мѣрѣ, переиздать нѣсколько старыхъ съ дополненіями и даже, можетъ-быть, исправленіями; онъ скончался 65 лѣтъ отъ роду; а въ этомъ возрастѣ чрезвычайно

Digitized by Google

рѣдко происходятъ крупныя перемѣны въ научномъ міровоззрѣніи, чрезвычайно рѣдко переживаютъ острые умственные кризисы. Дѣло въ томъ, что со смертью Эсмена осиротѣло и даже, можетъ-быть, также сошло въ могилу цѣлое научное направленіе, цѣлая школа во французскомъ государствовѣдѣніи. Не только ученый умеръ но, быть-можетъ, также и его идея. А идея эта именовалась государствомъ. И сообразно съ этимъ одинъ изъ его научныхъ противниковъ Дюги, погребая эту идею еще при жизни Эсмена, такъ прямо и выразился, что «государство умерло». Если это вѣрно, если дѣйствительно умерло государство вообще или по крайней мѣрѣ, то государство, которое исповѣдовалъ и проповѣдовалъ Эсменъ и для котораго во французской наукѣ онъ былъ, такъ сказать, героемъ-эпонимомъ, то смерть его представляетъ событіе величайшей важности и знаменуетъ конецъ цѣлой эпохи въ исторіи французскаго политическаго самоопредѣленія.

Это обстоятельство побуждаетъ, оставивъ въ сторонѣ обычныя некрологическія соболѣзнованія съ перечисленіемъ списка трудовъ покойнаго [1]), выяснить ту идею, которая жила вмѣстѣ съ Эсменомъ и вмѣстѣ съ нимъ же, быть-можетъ, и умерла. Въ чемъ же она состояла? Въ томъ, что онъ мыслилъ государство какъ реальность, какъ авторитетъ, какъ особую волю, обращенную къ гражданамъ. Въ томъ, что сообразно съ этимъ нормальнымъ или, по крайней мѣрѣ, типичнымъ государствомъ для него являлось государство управляемое.

Въ управляемомъ государствѣ, въ отличіе отъ государства самоуправляющагося, публичная власть разумѣется или какъ теократическая, делегированная свыше, или какъ автократическая, самодовлѣющая сила, суверенно воздѣйствующая на населеніе сверху внизъ путемъ императивныхъ, волевыхъ актовъ и при посредствѣ нисходящей іерархіи подчиненныхъ органовъ. При этомъ какъ публичная власть, такъ и ея аттрибуты и проявленія разумѣются какъ особыя реальности. Сообразно съ этимъ теорія управляемаго государства реалистична въ средневѣковомъ смыслѣ этого слова, тогда какъ теорія самоуправляющагося государства скорѣе тяготѣетъ къ политическому номинализму.

Господствующая донынѣ въ публичномъ правѣ школа — и къ ней примыкалъ также Эсменъ — мыслитъ государство реалистически

[1]) Мы здѣсь совсѣмъ не можемъ касаться выдающихся научныхъ заслугъ Эсмена, какъ историка права. Его труды въ этой области доставили ему первое мѣсто среди представителей этой науки и сдѣлали его имя широко извѣстнымъ далеко за предѣлами Франціи. Отзывъ компетентнаго лица объ этой сторонѣ его дѣятельности см. Энциклопедическій Словарь Брокгауза и Ефрона, полут. 81. Ср. также *Б. И. Сыромятниковъ*. Памяти проф. А. Эсмена «Вѣстникъ Права и Нотаріата» 1913 г. № 34. *Б. И. Сыромятниковъ*. Адемаръ Эсменъ «Голосъ Минувшаго» 1913 г. № 8, стр. 297.

Digitized by Google

и разумѣетъ его какъ государство управляемое. Объясняется это какъ методологически, такъ и исторически. Методологическая причина — это неудержимое влеченіе догматической юриспруденціи къ своего рода юридическому монотеизму, т.-е. къ ясному, точному и безапелляціонному источнику дѣйствующаго права. Если такого источника нѣтъ, то его надо выдумать — не хуже чѣмъ Вольтерова Бога. Въ сознаніи этого Эсменъ, какъ и другіе юристы его направленія, не отрицалъ гипотетическаго и даже фиктивнаго характера государства какъ особой личности съ особою волею, но нисколько этимъ не смущался. Историческая причина современнаго господства теоріи управляемаго государства — это традиція абсолютной монархіи, возникшей на развалинахъ феодализма и, въ противовѣсъ все болѣе и болѣе слабѣющей оппозиціи мятежныхъ или, по крайней мѣрѣ, фрондирующихъ вассаловъ, властно утверждавшей свое самодержавное надобщественное бытіе при полномъ одобреніи легистовъ. На одного изъ эпигоновъ послѣднихъ, именно на знаменитаго Луазо Эсменъ прямо-таки и ссылался въ одной своей статьѣ, гдѣ между прочимъ проводилась мысль, что государство тожественно съ верховною властью, съ суверенитетомъ.

Но можетъ возникнуть вопросъ, какъ не смутился Эсменъ представительными учрежденіями въ новѣйшихъ государствахъ и республиканскимъ строемъ въ своемъ собственномъ отечествѣ. Не говоритъ ли все это скорѣе въ пользу теоріи самоуправляющагося государства? Сомнѣніе это было разрѣшено задолго до Эсмена классическою теоріею государственной воли. Вѣдь даже Гоббесъ выводилъ личность государства и его суверенную волю изъ воли всѣхъ пребывающихъ въ данномъ государственномъ общеніи лицъ и такимъ образомъ цѣликомъ вводилъ теорію самоуправляющагося государства въ теорію государства управляемаго — правда, съ тѣмъ, чтобы всецѣло растворить первую въ послѣдней. Если Гоббесъ путемъ такого совмѣщенія создавалъ юридическую идеологію главнымъ образомъ для монархическаго режима, то Руссо такимъ же путемъ создавалъ идеологію для управляемой республики. И Эсменъ могъ смѣло продолжать эту традицію и примѣнять ее также къ третьей французской республикѣ. Съ такою научною программою онъ и вступилъ на созданную въ 1888 году каѳедру «исторіи права и конституціоннаго права»[1]). Историческій характеръ этой каѳедры какъ нельзя лучше поощрялъ къ такой ретроспективной конструкціи публичнаго права. А строгій «юридизмъ» старой,

[1]) Въ эпоху Наполеона III каѳедры конституціоннаго права были упразднены въ французскихъ университетахъ и только съ 1888 г. они начали возстановляться.

Digitized by Google

классической французской школы вполнѣ оградилъ Эсмена отъ воздѣйствія модныхъ публицистическихъ или соціологическихъ толковъ.

Однако, какъ извѣстно, недавно были созданы во Франціи каѳедры, посвященныя болѣе заманчивымъ, но также и болѣе расплывчатымъ «принципамъ публичнаго права» со спеціальною миссіею создать «теорію государства». Наиболѣе видные представители этой каѳедры Дюги и Оріу рѣшили, что для новаго государства нашихъ дней необходима также и совершенно новая теорія государства. Сообразно съ этимъ тотъ глухой, сдержанный господствующею доктриною и офиціальными программами протестъ противъ теоріи управляемаго государства и спеціально противъ Эсмена, который такъ замѣтно выступалъ уже въ ихъ прежнихъ работахъ, пріуроченныхъ къ традиціонному конституціонному праву, нашелъ теперь себѣ свободный выходъ. И ихъ новая доктрина прорвалась съ такимъ же торжествомъ, съ какимъ въ увертюрѣ Чайковскаго «Двѣнадцатый годъ» прорывается марсельеза или въ увертюрѣ «Таннгейзера» — гимнъ Венерѣ. Они рѣшительно отказываются отъ старой теоріи управляемаго государства, какъ недостойной современной демократіи. Они не признаютъ иной теоріи, кромѣ теоріи государства самоуправляющагося. Вмѣстѣ съ тѣмъ они (Дюги болѣе радикально, чѣмъ Оріу) отказываются не только отъ метафизическаго реализма, но даже отъ философскаго прагматизма въ пониманіи государства, его «личности», воли и власти: все это не только не существуетъ для нихъ реально, но даже не допускается ими какъ фикція, какъ, выражаясь заглавіемъ одной книги Фагэ, «необходимый предразсудокъ». И такъ какъ все это исповѣдывалъ именно Эсменъ, то новая школа, особенно въ лицѣ Дюги, объявила походъ противъ его идей. Эсменъ, увѣрялъ Дюги, — схоластикъ; со своимъ ученіемъ о суверенной государственной личности онъ подражаетъ тѣмъ устарѣвшимъ психологамъ метафизическаго направленія, которые для объясненія психическихъ явленій помѣщали за ними душу какъ особую субстанцію, какъ трансцендентную вещь въ себѣ.

Эсменъ въ свою очередь не оставался въ долгу. Не противясь безусловно новому движенію, привлекательному, какъ и всякое исканіе новыхъ идей, новыхъ путей, онъ обращалъ вниманіе на туманность и расплывчатость той «между-зависимости» или не то юридической, не то соціологической, не то даже біологической «солидарности», которая должна была замѣнить не только идею государства-лица съ особою волею, но даже идею государства вообще, которое будто бы уже умерло. Вмѣстѣ съ тѣмъ во имя чистоты юридическаго метода и связанной съ нею культурной

Digitized by Google

цѣнности государства какъ правового института, онъ съ тревогою взиралъ на соціологическій синкретизмъ новаторовъ съ ихъ «плюралистическимъ методомъ» и стремленіемъ конструировать государство «съ его политико-экономическимъ, а не исключительно политическимъ характеромъ» (выраженія Оріу). И въ самомъ дѣлѣ, не одного юриста можетъ испугать та стремительность, съ которою новаторы ликвидировали старую волевую теорію государства и выразили увѣренность, что изъ механическаго «равновѣсія» общежительныхъ стихій можно вывести также и соотвѣтствующую имъ юридическую норму и что теорія самоуправленія республиканскаго народа иначе немыслима. Невольно возникаетъ такой вопросъ: если въ эпоху монархическаго абсолютизма юристамъ удалось создать и отчасти реализовать идею государства, какъ такового, и государственной воли, въ отличіе отъ государя и его личной воли, всегда могущей перейти и въ произволъ, то не поведетъ ли ихъ отказъ отъ этой идеи въ настоящее время къ оправданію республиканскаго абсолютизма, т.-е. фактическаго захвата власти тою или иною общественною группою?

Смерть Эсмена прервала, но не разрѣшила спора между двумя школами. И неизвѣстно, пойдетъ ли будущее французское государствовѣдѣніе по пути управляемаго или же самоуправляющагося государства. А отъ этого зависитъ опредѣленіе характера той потери, которую понесла наука съ этою смертью. Если нѣсколько туманныя построенія новаторовъ, въ ихъ стремленіи (по выраженію Оріу) найти «базу для кристаллизаціи» «націи, устроенной въ государственный режимъ», представляющія пока какъ бы попытку создать что-то въ родѣ кристаллографіи пара, приведутъ у нихъ или у ихъ послѣдователей къ юридически пріемлемой и отчетливой конструкціи самоуправляющагося государства, и если въ особенности тому самодовлѣющему «объективному праву», о которомъ они пока разсуждаютъ скорѣе убѣжденно, чѣмъ убѣдительно, удастся вытѣснить идею государственной воли и выполнить ея функцію, какъ методологическую, такъ и соціальную, — тогда Эсменъ, какъ государствовѣдъ, всецѣло отойдетъ въ область исторіи. И, значитъ, съ ученымъ умерло также и его ученіе; не стало доктора, не стало и доктрины. Но если окажется, что та идея, которой онъ служилъ, еще живуча, если и впредь будутъ писать не «Эсменъ сказалъ», а «Эсменъ говоритъ», то смерть его почувствуютъ какъ дѣйствительную потерю только тѣ, которые находились въ личномъ съ нимъ общеніи. И только они, вспоминая мощный научный обликъ покойнаго, скажутъ иной разъ со вздохомъ: нѣтъ великаго Патрокла.

Е. Спекторскій.

Digitized by Google

Профессоръ И. Я. Фойницкій.

(Род. 29 авг. 1847 г. — ум. 19 сент. 1913 г.).

Новую тяжкую утрату понесла русская наука. 19-го сентября внезапно скончался заслуженный профессоръ С.-Петербургскаго университета И. Я. Фойницкій, одинъ изъ блестящей плеяды криминалистовъ недавняго прошлаго, которая потеряла такихъ дѣятелей, какъ Кистяковскій, Неклюдовъ, Спасовичъ. Уроженецъ города Гомеля, И. Я. получилъ среднее образованіе въ черниговской и могилевской гимназіяхъ, но затѣмъ переѣхалъ на сѣверъ, поступилъ въ Петербургскій университетъ и съ этихъ поръ вся его жизнь и дѣятельность были тѣсно связаны съ Петербургомъ.

Разнообразна была эта дѣятельность. Оставленный по окончаніи курса при университетѣ для подготовки къ профессорскому званію, И. Я., имѣя всего 21 годъ отъ роду, уже выступаетъ на педагогическое поприще въ качествѣ преподавателя аудиторскаго училища, въ послѣдствіи преобразованнаго въ военно-юридическую академію. Три года спустя, онъ получаетъ степень магистра за свой первый крупный трудъ «Мошенничество по русскому праву», въ томъ же 1871 году по избранію становится штатнымъ доцентомъ по каѳедрѣ уголовнаго права въ Петербургскомъ университетѣ и съ этой каѳедрой онъ остается связаннымъ до самого дня своей кончины. Въ 1881 году, послѣ защиты И. Я. докторской диссертаціи «Ссылка на западѣ въ ея историческомъ развитіи и современномъ состояніи», университетъ избираетъ его экстраординарнымъ профессоромъ, полтора года спустя — ординарнымъ; съ мая 1896 года И. Я. получаетъ званіе заслуженнаго профессора; съ іюня 1901 года, за выслугой тридцати лѣтъ, становится профессоромъ внѣ штата, но фактически продолжаетъ занимать каѳедру уголовнаго права и процесса до начала текущаго 1913 года, когда его мѣсто занимается по назначенію его бывшимъ ученикомъ, профессоромъ Томскаго университета Н. Н. Розинымъ. Тогда И. Я. объявляетъ параллельный съ послѣднимъ курсъ уголовнаго судопроизводства и читаетъ его до дня смерти.

Digitized by Google

Одновременно съ ученой и преподавательской дѣятельностью проф. И. Я. Фойницкій неутомимо работаетъ и на другихъ поприщахъ. Уже съ 1876 года онъ становится товарищемъ оберъ-прокурора Уголовнаго Кассаціоннаго Департамента Сената, въ 1899 году назначается сенаторомъ того же департамента и лишь незадолго до смерти, чувствуя ослабленіе силъ и развитіе недуга, угнетавшаго его съ молодыхъ лѣтъ (процессъ въ легкихъ), И. Я. переходитъ на нетребующій интенсивной работы постъ сенатора общаго собранія.

Дѣятельно участвуетъ И. Я. и въ законодательной работѣ: онъ является однимъ изъ энергичныхъ членовъ комиссіи по составленію новаго уголовнаго уложенія, гдѣ главнымъ образомъ его перу принадлежитъ обширный и сложный отдѣлъ объ имущественныхъ преступленіяхъ; онъ же является однимъ изъ авторитетныхъ участниковъ комиссіи министра юстиціи Муравьева по пересмотру судебныхъ уставовъ.

Далѣе, И. Я. является однимъ изъ иниціаторовъ и многолѣтнихъ работниковъ С.-Петербургскаго Юридическаго Общества и однимъ изъ самыхъ дѣятельныхъ организаторовъ какъ международнаго, такъ и внутренняго общенія между криминалистами. Онъ неутомимо работаетъ по предварительной подготовкѣ нѣсколькихъ пенитенціарныхъ конгрессовъ и принимаетъ въ нихъ дѣятельное участіе; онъ участникъ съѣздовъ представителей исправительно-воспитательныхъ учрежденій для малолѣтнихъ; онъ одинъ изъ первыхъ примыкаетъ къ основателямъ международнаго союза криминалистовъ, съ Листомъ, Принсомъ и фанъ Гамелемъ во главѣ; онъ, наконецъ, является организаторомъ русской группы этого союза, проводитъ ея уставъ, вызываетъ ее къ жизни и до 1905 года стоитъ во главѣ ея, какъ безсмѣнный выборный предсѣдатель.

Прибавимъ сюда дѣятельное участіе въ засѣданіяхъ факультета и совѣта, участіе въ государственной испытательной комиссіи при Петербургскомъ университетѣ, исполненіе нѣсколько разъ обязанностей предсѣдателя этой комиссіи при провинціальныхъ университетахъ, нѣсколько лѣтъ деканства въ факультетѣ, работу въ качествѣ гласнаго въ послѣдніе годы въ Петербургской городской думѣ, гдѣ въ юридической комиссіи И. Я. далъ рядъ важныхъ и цѣнныхъ заключеній, выступленіе однимъ изъ иниціаторовъ въ дѣлѣ устройства особыхъ судовъ въ Россіи для малолѣтнихъ и открытія перваго такого суда въ Петербургѣ, предсѣдательствованіе въ петербургскомъ обществѣ патроната, — и мы все же едва ли этимъ развернемъ до конца ленту жизни

Digitized by Google

И. Я., полную напряженнаго и разнообразнаго труда отъ молодости и до самой могилы.

Еще не настало время полной и всесторонней оцѣнки дѣятельности почившаго. Слишкомъ близка и свѣжа о немъ память, а безпристрастная исторія требуетъ нѣкоторой перспективы, нѣкотораго удаленія отъ событій. Можетъ быть не всѣ стороны дѣятельности И. Я. получатъ одинаковую и сочувственую оцѣнку, но не можетъ быть и спора о томъ, что мы потеряли человѣка выдающихся талантовъ, неутомимаго труженика и одного изъ тѣхъ, кто составлялъ гордость и славу русской криминальной науки.

Въ области матеріальнаго уголовнаго права, какъ догматикъ, онъ отличался широкой эрудиціей, глубиной и тонкостью юридическаго анализа; онъ умѣлъ систематизировать сложный и обширный матеріалъ, придать ему ясность и стройность, отмѣтить все болѣе важное и спорное, выбрать вѣрный критерій для распутыванія контроверзъ, согласный съ мыслью законодателя, и разграничить дѣянія, иногда близко сходныя по внѣшнимъ формамъ, но различныя по своему юридическому значенію и содержанію. Всѣми этими свойствами запечатлѣнъ уже его первый крупный историко-догматическій трудъ «о мошенничествѣ»; съ годами эти свойства, подкрѣпленныя преподавательскимъ опытомъ и постояннымъ участіемъ въ сложной и требующей глубокаго юридическаго мышленія кассаціонной практикѣ, сдѣлались лишь ярче и выпуклѣе и наглядно высказались въ его капитальномъ и выдержавшемъ нѣсколько переработанныхъ изданій трудѣ: «Курсъ уголовнаго права. Часть особенная. Посягательства на личность и имущество» и въ цѣломъ рядѣ другихъ работъ меньшаго объема, которыя вошли (къ сожалѣнію, не полностью) въ изданный имъ сборникъ «На досугѣ», т. I и II. Здѣсь, кромѣ ряда рецензій на важнѣйшіе труды профессоровъ Таганцева, Кистяковскаго, Неклюдова и др., рецензій, отличающихся большой объективностью и глубиной критическихъ замѣчаній, мы находимъ историко-догматическую и догматическую разработку цѣлаго ряда разнобразныхъ темъ. Анализъ русской карательной системы и въ частности анализъ нашей сибирской ссылки и управленія ею, подробная и вдумчивая оцѣнка обще-германскаго уложенія, статья объ укрывательствѣ, гдѣ рѣзкой критикѣ подвергается наше право, поскольку оно ставитъ отвѣтственность прикосновенныхъ въ зависимость отъ отвѣтственности соучастниковъ и гдѣ даны первые штрихи того отрицательнаго отношенія къ принципу солидарной отвѣтственности соучастниковъ, которое, много лѣтъ спустя, вылилось въ оригинальную, не-

Digitized by Google

большую по объему, но цѣнную по содержанію статью «О соучастіи», разборъ германскаго законодательства о печати и, наконецъ, обширная статья, посвященная міровой эволюціи законодательства печати, — таковъ богатый научный вкладъ покойнаго И. Я. въ литературу матеріальнаго уголовнаго права, имѣющій по преимуществу догматическій или историко-догматическій характеръ, хотя и заключающій въ себѣ немало отдѣльныхъ важныхъ уголовно-политическихъ положеній.

Въ частности здѣсь особо слѣдуетъ отмѣтить значеніе труда И. Я. «О мошенничествѣ». Труднѣйшей задачей является юридическая конструкція этого понятія и особенно лежащаго въ его основѣ юридическаго опредѣленія того, что является уголовно-наказуемымъ обманомъ. Необходимость съ одной стороны не давать простора проявленіямъ ловкой недобросовѣстности, а съ другой не расточать каръ, внѣ случаевъ серьезной соціальной потребности, и не создавать излишнихъ стѣсненій торгово-промышленнаго оборота и свободы сдѣлокъ, — привела къ тому, что законодательства или слишкомъ сузили понятіе мошенничества, введя перечень способовъ его совершенія, почитаемыхъ обманомъ въ юридическомъ смыслѣ, или ограничились общими формулами, не отличающимися точностью, предоставивъ практикѣ наполнить ихъ содержаніе. Въ результатѣ вопросъ оказался запутаннымъ; и кассаціонная практика, и отдѣльные теоретики создали цѣлый рядъ теорій, вносящихъ разныя произвольныя ограниченія понятія мошенничества въ видѣ такъ называемыхъ теорій нормальнаго и индивидуальнаго благоразумія, теорій, требующихъ для наказуемаго обмана особой тонкости или особыхъ приготовленій и т. п. Это въ частности имѣло мѣсто и въ нашемъ правѣ.

Заслуга И. Я. состоитъ въ строгой классификаціи всѣхъ существовавшихъ теорій, въ блестящемъ критическомъ ихъ разборѣ, въ установленіи для понятія уголовно-наказуемаго обмана юридическаго критерія, каковымъ является искаженіе фактовъ дѣйствительности, а затѣмъ въ отношеніи какъ всего того, что далеко расширяло предѣлы мошенничества, относя къ нему ложныя обѣщанія и даже вообще всякую ложь, повлекшую за собой невыгодныя для контрагента послѣдствія, такъ и того, что искусственно ограничивало данное понятіе къ явной невыгодѣ довѣрчивыхъ и добросовѣстныхъ людей и къ выигрышу въ видѣ преміи за ловкую и болѣе или менѣе оригинальную недобросовѣстность.

Мы скажемъ далѣе объ уголовно-политическомъ значеніи другого большого труда И. Я. «Ссылка на западѣ»; пока же отмѣ-

Digitized by Google

тимъ, что этотъ трудъ имѣетъ глубокое и серьезное историко-догматическое значеніе. Ярко написанная исторія ссылки, гдѣ авторъ во многомъ пополнилъ и своеобразно освѣтилъ матеріалъ, использованный въ трудѣ о ссылкѣ Гольцендорфа, сопровождается здѣсь блестящимъ анализомъ ссылки какъ карательнаго института; авторъ изучаетъ ссылку какъ въ ея теоретической обрисовкѣ и въ регламентаціи законами, такъ и въ ея фактическомъ положеніи. Въ результатѣ получается рѣзко-отрицательное отношеніе къ институту ссылки, съ которымъ можно, хотя бы частично, не соглашаться, но послѣ котораго нельзя защищать ссылку какъ полезное наказаніе для болѣе или менѣе широкихъ категорій преступниковъ, не опровергнувъ или неослабивъ предварительно обстоятельныхъ, вѣскихъ и подкрѣпленныхъ громаднымъ фактическимъ матеріаломъ доводовъ И. Я.

Но, если мы захотимъ отмѣтить, гдѣ наиболѣе ярко проявился талантъ И. Я. какъ юриста догматика, мы должны будемъ обратиться къ его процессуальнымъ трудамъ и къ главнѣйшему изъ нихъ: «Курсу уголовнаго судопроизводства». Въ области уголовно-матеріальнаго права И. Я. не оставилъ труда, который охватилъ бы всю общую и особенную часть нашей науки и свелъ бы въ законченную систему его важныя и плодотворныя изслѣдованія крупныхъ ея отдѣловъ и тѣхъ или иныхъ весьма существенныхъ вопросовъ. Въ области уголовнаго судопроизводства его монументальный двухтомный курсъ исполняетъ эту задачу, охватывая организацію уголовныхъ судовъ, статику процесса и важнѣйшіе моменты его динамики. Какъ догматикъ-матеріалистъ онъ является однимъ изъ выдающихся нашихъ криминалистовъ, какъ догматикъ-процессуалистъ онъ въ нашей наукѣ занимаетъ безспорно первое мѣсто. Широкая трактовка многихъ разсматриваемыхъ вопросовъ въ его курсѣ доходитъ до монографической полноты; детальный анализъ каждаго разбираемаго института, умѣлое использованіе историческихъ матеріаловъ и литературы, широкое примѣненіе сравнительнаго метода, стройность и послѣдовательность изложенія, правильное и тонкое пользованіе законодательнымъ матеріаломъ и кассаціонной практикой соединяется здѣсь у автора съ убѣжденной защитой основныхъ принциповъ нашей судебной реформы, съ выясненіемъ не только ихъ юридической природы, но и необходимости ихъ развитія и съ протестомъ противъ ихъ искаженія, начавшагося чуть не съ перваго года примѣненія судебныхъ уставовъ и продолжающаго до нашихъ дней разрастаться пышнымъ цвѣтомъ.

Digitized by Google

Особенно цѣннымъ въ «Курсѣ» И. Я. мы считаемъ обработку основныхъ типовъ уголовнаго процесса въ ихъ историческомъ развитіи и современномъ состояніи, его ученіе о доказательствахъ, гдѣ богатый вѣковой опытъ англійскаго судебнаго творчества и англійской юридической мысли послужилъ главнымъ матеріаломъ для начертанія стройной и продуманной системы, уясненіе истинной природы и необходимости для уголовнаго правосудія института присяжныхъ засѣдателей (который, кстати сказать, и помимо «Курса» И. Я. не разъ защищалъ словомъ и перомъ въ періоды разнообразныхъ на этотъ институтъ гоненій), уясненіе того, что, какъ по началамъ теоріи, такъ и по точному смыслу нашего закона, предварительное заключеніе подозрѣваемаго можетъ имѣть мѣсто исключительно для пресѣченія ему возможности уклониться отъ слѣдствія и суда, а не для какихъ-нибудь другихъ цѣлей, каковы бы они ни были (истина, попираемая, прибавимъ мы, систематически нашею практикой) и, наконецъ, блестящую и не оставляющую ничего лучшаго желать по полнотѣ разработку институтовъ кассаціи и возобновленія уголовныхъ дѣлъ.

Можно иногда не согласиться съ авторомъ, напримѣръ, по поводу той крайне оптимистической оцѣнки, которую онъ даетъ новому закону о мѣстномъ судѣ въ послѣднемъ изданіи своего курса; свѣтъ этого закона показанъ ярко и выпукло, но стушевались многія его тѣни, хотя онѣ довольно густо мѣстами лежатъ на немъ, благодаря компромисности его основнаго текста и тѣмъ «поправкамъ», которыя были внесены Государственной Думой и, еще болѣе, Государственнымъ Совѣтомъ. Можно пожелать большаго количества предложеній de lege ferenda, особенно въ такихъ пунктахъ, какъ монополія у насъ государственнаго обвиненія, ослабленная въ Австріи и Германіи допущеніемъ замѣщающаго и субсидіарнаго обвинителя, и какъ ученіе о тѣхъ гарантіяхъ интересовъ личности, которые въ новѣйшее время развиваются на западѣ и въ періодѣ предварительнаго производства и въ дѣлѣ обжалованія приговоровъ. Можно пожелать и большаго привлеченія фактическаго матеріала дѣятельности у насъ судовъ: нормы права иногда очень своеобразно преломляются въ жизни; законъ нашъ не знаетъ «обрывающихъ» предсѣдателей, «тыкающихъ» судей, односторонникъ и гнущихъ только въ одну сторону прокуровъ, угодливыхъ слѣдователей и многихъ другихъ своеобразныхъ перловъ нашей судебной дѣйствительности, отмѣченныхъ не разъ такими ея знатоками какъ А. Ѳ. Кони, В. Д. Спасовичъ и др.

Digitized by Google

Большее вниманіе ко всему этому, не принося вреда выдающемуся догматическому ученію капитальнѣйшаго труда И. Я., еще болѣе возвысило бы то уголовно-политическое значеніе, которое имѣетъ этотъ трудъ благодаря мѣткой критикѣ слабыхъ сторонъ дѣйствующаго процессуальнаго права и ряду важныхъ реформаторскихъ предложеній.

Но изъ сказаннаго отнюдь не слѣдуетъ, что мы несклонны къ признанію выдающихся заслугъ почившаго И. Я. въ области уголовной политики. Въ цѣломъ рядѣ своихъ трудовъ и во многихъ проявленіяхъ своей дѣятельности И. Я. именно какъ уголовный политикъ оставилъ глубокую и почетную память.

Уже въ своей вступительной университетской лекціи «Уголовное право, его предметъ, его задачи», напечатанной въ 1873 году, т.-е. до сформированія какъ соціологической, такъ даже и антропологической школы въ наукѣ уголовнаго права, И. Я. Фойницкій выступаетъ какъ провозвѣстникъ новыхъ идей и требуетъ необходимаго расширенія рамокъ нашей науки. По его словамъ, «наука прежде всего должна догнать жизнь, подмѣтить новые взгляды, новыя начала, уже успѣвшія пустить корни въ мірѣ реальности, и отказаться отъ старыхъ, имѣющихъ за собой только доводы традиціи». Уважая глубоко догматическій элементъ нашей науки, которому въ теченіе своей жизни онъ отдалъ столько труда, И. Я. въ то же время требовалъ широкой оцѣнки личности преступника, протестовалъ противъ исключительнаго господства «абстрактно-субъективныхъ методовъ» и къ числу тормазовъ развитія науки уголовнаго права относилъ господствующій среди представителей классической школы взглядъ, по которому все вниманіе сосредоточивалось на изученіи преступленія; онъ усматривалъ корни этого взгляда въ «бюрократической эпохѣ отправленія уголовной юстиціи» и рѣзко нападалъ на формализмъ, сводящійся къ установленію «легальныхъ признаковъ совершеннаго дѣйствія» и подходящихъ сюда статей.

Поскольку здѣсь, на ряду съ новымъ пониманіемъ задачъ науки, выдвигается требованіе, чтобы криминалистъ не отставалъ отъ жизни и работалъ не только для настоящаго, но и для будущаго, мы видимъ здѣсь признаніе важности уголовно-политическаго элемента и вѣрную обрисовку его основной задачи. Но этого мало; И. Я. широко понималъ значеніе этіологическаго базиса уголовной политики: онъ съ удареніемъ отмѣтилъ значеніе того личнаго фактора, признаніе важности котораго позже легло въ основу уголовно-антропологическихъ работъ, но столь же ясно поставилъ и вопросъ о факторахъ соціальныхъ и космиче-

Digitized by Google

скихъ и въ частности для изученія послѣднихъ далъ цѣнный вкладъ глубокой и вполнѣ самостоятельной разработкой вопроса «о вліяніи временъ года на преступленіе».

И хотя въ дальнѣшей своей ученой дѣятельности И. Я. главнымъ образомъ трудился въ догматической области, но элементъ уголовно-политическій не исчезалъ изъ поля его зрѣнія. Въ его уже названномъ трудѣ «Ссылка на западѣ», въ трудахъ о русскихъ тюрьмахъ и русской ссылкѣ, въ небольшомъ этюдѣ «Женщины-преступницы», въ одномъ изъ наиболѣе глубокихъ трудовъ «Ученіе о наказаніи въ связи съ тюрьмовѣдѣніемъ» и въ рядѣ другихъ работъ мы видимъ, какъ И. Я., осуществляя высказанные имъ взгляды на задачи науки уголовнаго права, постоянно выходитъ за предѣлы вопросовъ чисто конструктивныхъ, отстаиваетъ цѣлый рядъ необходимыхъ реформъ, опираясь въ своихъ предложеніяхъ не только на изученіе нормъ, но и на изученіе сложной реальной подкладки тѣхъ явленій, борьбу съ которыми, и притомъ борьбу научно обоснованную, онъ объявляетъ необходимой.

Отсюда намъ особенно понятна многолѣтняя работа И. Я. въ международномъ союзѣ криминалистовъ и въ его русской группѣ: научные девизы союза были близки къ научному credo И. Я., а потому не могли не вдохновлять его, не могли не быть ему дороги; работа для нихъ являлась работой и для движенія впередъ науки уголовнаго права вообще и въ частности для движенія у насъ этой науки и для обновленія нашего уголовнаго права и порядковъ уголовнаго правосудія.

И когда, сосредоточиваясь на ученой дѣятельности почившаго и даже не учитывая поэтому ту обширную, сложную и важную работу, которую выполнялъ И. Я. на другихъ поприщахъ, мы вспомнимъ, что человѣкъ такого таланта, такихъ научныхъ заслугъ и такихъ широкихъ научныхъ взглядовъ сорокъ лѣтъ съ каѳедры проводилъ эти взгляды въ жизнь, научая будущихъ работниковъ на нивѣ науки и на различныхъ поприщахъ практической дѣятельности, и что, угнетаемый всѣ эти годы тяжелымъ недугомъ, онъ не сдавался и неустанно трудился до послѣдняго дня жизни, мы постигнемъ всю тяжесть той утраты, которую понесла русская наука уголовнаго права, и благоговѣйно склонимся надъ свѣжей могилой того, кто съ законнымъ правомъ могъ бы примѣнить ко всей своей жизни девизъ:

«Dum spiro — labоro».

Проф. М. П. Чубинскій.

Digitized by Google

Юридическое Обозрѣніе.

Проекты закона о наслѣдованіи въ крестьянскихъ земляхъ.

Недавно опубликованъ текстъ двухъ проектовъ, одновременно выработанныхъ различными вѣдомствами и построенныхъ на различныхъ основаніяхъ, но разрѣшающихъ отчасти тотъ же вопросъ о порядкѣ наслѣдованія въ крестьянскихъ земляхъ.

Первый изъ нихъ составленъ при Земскомъ Отдѣлѣ Мин. Вн. Дѣлъ и названъ «Проектъ закона о наслѣдованіи въ земляхъ мелкаго владѣнія». Онъ напечатанъ вмѣстѣ съ соображеніями, на коихъ онъ основанъ, въ «Извѣстіяхъ Земскаго Отдѣла» за 1913 г. № 6/7. Второй — выработанъ Главноупр. Землеустр. и Землед. и озаглавленъ «Правила о предупрежденіи дробленія мелкой земельной собственности». Текстъ его напечатанъ также въ «Извѣстіяхъ Земск. Отд.» за 1913 г. № 8. Кромѣ того Главноупр. Землеустр. и Землед. разослало какъ самый проектъ, такъ и довольно обширную объяснительную записку къ нему въ редакціи различныхъ журналовъ[1]).

I.

Прежде чѣмъ перейти къ обсужденію этихъ проектовъ, необходимо установить точку зрѣнія, съ которой слѣдуетъ оцѣнивать ихъ. Оба проекта исходятъ изъ убѣжденія, что современное положеніе вопроса о крестьянскомъ наслѣдованіи ненормально и что нынѣ, при измѣнившихся хозяйственныхъ и юридическихъ условіяхъ крестьянскаго быта, невозможно далѣе сохранять въ этой области господство обычая. Съ этимъ исходнымъ положеніемъ авторовъ проекта нельзя не согласиться: оно составляетъ теперь общее убѣжденіе тѣхъ, кому приходится сталкиваться на практикѣ

[1]) Мы пользуемся экземпляромъ, присланнымъ въ редакцію «Вѣстника Права и Нотаріата».

Digitized by Google

съ вопросомъ о примѣненіи обычая. Но, признавая, что обычай утратилъ свой формальный авторитетъ и что постановленія его и по существу большею частью не соотвѣтствуютъ новымъ условіямъ, въ частности новымъ формамъ владѣнія землей, необходимо сдѣлать неизбѣжный дальнѣйшій выводъ, что господство обычая должно быть отмѣнено полностью и что новый порядокъ наслѣдованія долженъ быть установленъ закономъ на иныхъ, новыхъ основаніяхъ, болѣе соотвѣтствующихъ новымъ условіямъ.

Этому основному требованію разсматриваемые проекты отвѣчаютъ далеко не вполнѣ. Оба они не отмѣняютъ принципіально тѣхъ статей дѣйствующаго права, въ частности п. 5 ст. 1184 Зак. Гражд. и ст. 13 Общ. полож. о крест., коими дѣйствіе нормъ обычнаго права распространяется не только на надѣльныя земли, но даже, при извѣстныхъ условіяхъ, на внѣнадѣльное движимое имущество, напр., на торговые капиталы [1]). Проекты отмѣняютъ примѣненіе обычая къ надѣльнымъ землямъ, по отношенію къ коимъ обычай главнымъ образомъ складывался и къ которымъ онъ пріурочивался исторически, но оставляютъ его въ силѣ при переходѣ другого имущества, для коихъ онъ гораздо менѣе умѣстенъ. Очевидно, необходимо прежде всего отмѣнить самый принципъ примѣненія обычая къ наслѣдованію у крестьянъ, разъ онъ признанъ устарѣвшимъ.

Тотъ же вопросъ возникаетъ по поводу содержанія нормъ обычнаго права. Обычай отвергается авторами не только въ виду его формальныхъ недостатковъ,— его шаткости, трудности установленія его и т. п., но и по несоотвѣтствію новымъ условіямъ тѣхъ началъ, на коихъ онъ основанъ. Несмотря на это, оба проекта, одинъ въ большей, другой въ меньшей степени, закрѣпляютъ въ законѣ нѣкоторыя начала, установившіяся именно въ обычномъ правѣ, не провѣряя того, насколько они соотвѣтствуютъ новому положенію дѣла. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, проекты отнюдь не кодифицируютъ обычнаго права, т.-е. не стремятся точно воспроизвести его принципы, а берутъ изъ обычая, представляющаго органическое цѣлое, отдѣльныя, разрозненныя черты, которыя плохо вяжутся съ другими началами, заимствованными тѣми же проектами либо изъ германскаго права, либо изъ нашего писаннаго права. Наиболѣе же цѣнныя особенности обычнаго права, вполнѣ мирящіяся и съ новымъ укладомъ крестьянскаго быта, — принципы необходимаго наслѣдованія ближайшихъ родственниковъ и допустимости договорнаго наслѣдованія, оба проекта отвергаютъ.

---

[1]) См. Вормсъ. Законъ и обычай въ наслѣдованіи у крестьянъ. «Юридическій Вѣстникъ», 1913 г. № 1.

Digitized by Google

Такъ, проектъ Главноупр. Землеустр. и Землед. признаетъ преимущественнымъ наслѣдникомъ по владѣніямъ лицъ «крестьянскаго сословія» — старшаго по возрасту сначала мужского, а затѣмъ женскаго пола, «изъ числа наслѣдниковъ, проживавшихъ совмѣстно съ наслѣдодателемъ». Очевидно, что въ основаніе этого постановленія положено т. наз. трудовое начало; но примѣняется оно для цѣли, съ нимъ едва ли совмѣстимой — для опредѣленія преимущественнаго наслѣдника. Главный недостатокъ этого начала заключается въ крайней шаткости и неопредѣленности рѣшающаго признака: членъ семьи могъ годами отсутствовать и затѣмъ вернуться въ семью незадолго до открытія наслѣдства, или, напротивъ, онъ могъ уйти изъ дома незадолго до смерти наслѣдодателя. Обычное право считается не столько съ фактомъ проживанія въ семьѣ, сколько съ фактомъ большаго или меньшаго участія въ общемъ хозяйствѣ; но эта сторона едва ли можетъ быть уловлена при помощи тѣхъ неизбѣжно формальныхъ доказательствъ, которыми только и можетъ оперировать судъ, разрѣшающій вопросъ на основаніи писаннаго закона.

Гораздо значительнѣй заимствованія изъ обычнаго права въ проектѣ Мин. Вн. Дѣлъ. Въ немъ обычай довольно причудливо переплетается съ началами общаго гражданскаго права. Проектъ устраняетъ, напр., отъ наслѣдованія женщинъ или умаляетъ ихъ наслѣдственныя права, ссылаясь на обычай; вмѣстѣ съ тѣмъ онъ признаетъ наслѣдственныя права за незамужнею дочерью при сыновьяхъ, тогда какъ обычай даетъ имъ лишь право на приданое. Но, главное, проектъ устраняетъ отъ наслѣдованія въ нисходящей линіи: 1) лицъ, выдѣленныхъ наслѣдодателемъ, независимо отъ размѣровъ полученнаго ими имущества; 2) лицъ, жившихъ отдѣльно отъ наслѣдодателя и послѣднія 10 лѣтъ не участвовавшихъ въ поддержаніи его хозяйства, и 3) замужнихъ дочерей при наличности сыновей наслѣдодателя или ихъ потомства. Это положеніе во всемъ почти объемѣ возстановляетъ начало «трудовой семьи», но укладываетъ это гибкое и растяжимое понятіе въ неподвижныя и несвойственныя ему рамки закона, замѣняя сложную совокупность данныхъ, доступныхъ только мѣстному, крестьянскому суду, формальнымъ и весьма грубымъ критеріемъ десятилѣтней давности. Затѣмъ, какъ и по поводу перваго проекта, возникаетъ вопросъ: какими средствами судъ будетъ удостовѣрять фактъ, что нисходящій не участвовалъ въ поддержаніи хозяйства наслѣдодателя, напр., не посылалъ изъ города денегъ «въ домъ», фактъ, подчасъ малодоступный стороннему наблюденію.

Заимствуя изъ обычнаго права нѣкоторыя изъ главныхъ его основаній, проектъ Мин. Вн. Дѣлъ допускаетъ внутреннее противо-

Digitized by Google

рѣчіе, ярко сказывающееся и въ объяснительной запискѣ къ нему. Послѣдняя констатируетъ прежде всего, что подъ вліяніемъ новыхъ факторовъ, къ числу коихъ она относитъ, между прочимъ, отхожіе промыслы, воинскую повинность, школу, печать и т. п., «крестьянское правосознаніе сблизилось съ правосознаніемъ прочихъ классовъ»; въ дальнѣйшемъ же изложеніи оно оправдываетъ многочисленныя принципіальныя отступленія въ проектѣ отъ общаго права «особенностями крестьянскаго быта и правосознанія».

Конечно, въ настоящее, переходное время въ крестьянской средѣ можно констатировать самые разнообразные взгляды и теченія. Вопросъ заключается лишь въ томъ, какіе изъ нихъ должны быть закрѣплены въ законѣ. Мы не сомнѣваемся въ томъ, что правосознаніе крестьянъ быстро перерабатывается въ направленіи, совпадающемъ съ развитіемъ правосознанія другихъ слоевъ населенія. Поэтому нѣтъ основаній въ законѣ, предназначенномъ дѣйствовать на будущее время, надолго закрѣплять наиболѣе архаическія начала обычнаго права, хотя бы даже они мѣстами еще соотвѣтствовали теперешнимъ взглядамъ крестьянъ. Новый законъ, предназначенный регулировать новыя отношенія, долженъ считаться не съ прошлымъ, а съ будущимъ тѣхъ явленій, которыхъ онъ касается.

То же самое приходится отмѣтить по поводу значенія, которое проекты придаютъ сословному положенію наслѣдодателя. Оба проекта, какъ то видно изъ самаго наименованія ихъ, касаются мелкой земельной собственности, независимо отъ того, кому она принадлежитъ. Такимъ образомъ, проекты въ принципѣ отвергаютъ прежній сословный критерій нашего законодательства; но въ отдѣльныхъ частныхъ постановленіяхъ своихъ они возвращаются не только къ дѣленію земель па надѣльныя и внѣнадѣльныя, но и на крестьянскія и некрестьянскія. Такъ проектъ Главноупр. Землеустр. и Землед. въ ст. 9 устанавливаетъ различный порядокъ опредѣленія преимущественнаго наслѣдника по владѣніямъ лицъ некрестьянскаго сословія, съ одной стороны, и крестьянскаго — съ другой. Проектъ Мин. Вн. Дѣлъ сохраняетъ особый порядокъ «свидѣтельствованія» духовныхъ завѣщаній для лицъ, «подвѣдомственныхъ крестьянскимъ установленіямъ»; онъ признаетъ наслѣдственныя права за зятьями — пріймаками и за пріемышами лишь при наслѣдованіи послѣ «сельскихъ обывателей»; наконецъ, онъ подчиняетъ дѣйствію закона земли, подходящія подъ дѣйствіе Положенія о землеустр., за исключеніемъ земель, принадлежащихъ «лицамъ, не подвѣдомственнымъ волостному и сельскому управленію». Прежде всего эта пестрая терминологія можетъ вызвать

Digitized by Google

рядъ недоразумѣній при попыткѣ точно опредѣлить кругъ лицъ, на которыхъ распространяется дѣйствіе новаго закона: достаточно вспомнить споры, которые вызывались ст. 19 Общ. положенія [1]) или ст. 58 зак. 14 іюня 1910 г. Независимо отъ этого въ дѣйствующемъ правѣ уже значительно стерлась грань между «сельскими обывателями» и лицами, хотя и принадлежащими къ другимъ сословіямъ, но по быту своему не отличающимися отъ крестьянъ [2]), и нѣтъ сомнѣнія, что законодательство будетъ дальше развиваться въ томъ же направленіи. Введеніе сословнаго критерія въ законъ, опредѣляющій порядокъ наслѣдованія, представляется поэтому крайне нежелательнымъ.

Такимъ образомъ, при оцѣнкѣ разсматриваемыхъ проектовъ мы исходимъ изъ убѣжденія, что они должны были принципіально отрѣшиться отъ попытки сохранить обломки обычнаго права и прежняго сословнаго строя крестьянъ; они должны были считаться прежде всего съ хозяйственнымъ положеніемъ участковъ мелкаго владѣнія и съ общими условіями современнаго юридическаго строя деревни.

II.

Этимъ требованіямъ въ главныхъ своихъ основаніяхъ соотвѣтствуетъ проектъ правилъ, выработанныхъ Главноупр. Землеустр. и Землед. Проектъ представляетъ несомнѣнно рецепцію дѣйствующихъ въ Германіи началъ преимущественнаго наслѣдованія въ крестьянскихъ и рентныхъ имѣніяхъ, т. наз. Anerbenrecht. Основною цѣлью этого законодательства является предупрежденіе чрезмѣрнаго, нехозяйственнаго дробленія среднихъ по своимъ размѣрамъ крестьянскихъ участковъ, главнымъ образомъ при переходѣ ихъ по наслѣдству. Достигается эта цѣль путемъ предоставленія, съ различными, впрочемъ, отступленіями отъ общаго порядка наслѣдованія, всего участка одному изъ наслѣдниковъ на льготныхъ для него условіяхъ. Въ настоящее время въ Германіи дѣйствуютъ три системы преимущественнаго наслѣдованія.

1) Согласно первой изъ нихъ, примѣняемой въ Баваріи, Гессенѣ и Мекленбургѣ, такой участокъ образуетъ отдѣльную отъ остального имущества наслѣдодателя массу, которая переходитъ въ особомъ порядкѣ, подобно заповѣдному дворянскому имѣнію. Эта система проводитъ основную точку зрѣнія вполнѣ ясно и юридически

[1]) Понынѣ нѣкоторые старшіе нотаріусы отказываются утверждать купчія крѣпости на надѣльныя земли, если покупатель названъ не крестьяниномъ, а сельскимъ обывателемъ.

[2]) См. Вормсъ. Законъ и обычай въ наслѣдованіи у крестьянъ. «Юридическій Вѣстникъ» 1913 г. № 1.

Digitized by Google

послѣдовательно, но наиболѣе рѣшительно отступаетъ отъ общаго порядка и потому встрѣчаетъ наибольшее противодѣйствіе со стороны населенія.

2) Вторая система, — Шлезвигъ-Голштинія, Силезія, Бранденбургъ, Баденъ, — признаетъ преимущественнаго наслѣдника сонаслѣдникомъ во всемъ общемъ наслѣдствѣ, но предоставляетъ ему обязательственное право потребовать передачи ему участка (Damnationsprälegat). Къ этой системѣ примыкаетъ и швейцарское уложеніе[1]).

3) Третья система, примѣненная между прочимъ, въ новѣйшихъ законахъ Ольденбурга, Вестфаліи и Ганновера, а также въ законѣ о прусскихъ рентныхъ имѣніяхъ, сводится къ тому, что преимущественный наслѣдникъ становится участникомъ въ общемъ наслѣдствѣ, но участокъ переходитъ къ нему въ моментъ открытія наслѣдства и становится непосредственно его личной собственностью (Vindicationsprälegat). Эта третья система, представляющаяся компромиссомъ между первой и второй, страдаетъ извѣстнымъ внутреннимъ противорѣчіемъ съ точки зрѣнія юридической конструкціи правъ преимущественнаго наслѣдника. Какъ правильно замѣтилъ проф. бар. Фрейтагъ-Лорингговенъ[2]), до окончательной ликвидаціи наслѣдства участокъ какъ бы состоитъ одновременно въ собственности отдѣльнаго наслѣдника и въ общей собственности всѣхъ сонаслѣдниковъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, при этой системѣ весьма споренъ характеръ правъ сонаслѣдниковъ на причитающіяся имъ выдачи и отвѣтственности ихъ по долгамъ наслѣдодателя. Практически, однако, эта система оказывается наиболѣе удобной, почему она и воспринята новѣйшими законами[3]).

По большинству изъ перечисленныхъ законовъ участки подчиняются дѣйствію правилъ о преимущественномъ наслѣдованіи не само собою, а лишь при условіи заявленія о томъ со стороны собственника, на основаніи котораго участки вносятся въ особые поземельные списки (Höferolle) или дѣлается соотвѣтственная отмѣтка въ вотчинныхъ книгахъ. Иногда, однако, соотвѣтственная отмѣтка вносится по требованію подлежащаго учрежденія, но и въ этихъ случаяхъ лишь по выслушаніи объясненій собственника. Такой порядокъ установленъ въ частности прусскимъ закономъ о рентныхъ имѣніяхъ (Rentengüter).

---

[1]) Escher. Das Erbrecht d. schweizerischen Zivilgesetzbuches. Zür. 1912, объясн. къ ст. 620.

[2]) Журн. Мин. Юст. 1910 г., № 7, стран. 36 сл. отд. оттиска.

[3]) Текстъ законовъ о преимущественномъ наслѣдованіи приведенъ въ слѣдующихъ изданіяхъ: Frommhold, Deutsches Anerbenrecht. Greifswald 1896. — Peltasohn, Rentenguts- und Anerbenrechtsgesetzgebung. Berlin 1903. Linckelmann, Höfegesetz für die Provinz Hannover v. 1909. Hannover 1909.

Digitized by Google

Обращаясь къ разсматриваемому нами проекту, мы остановимся сначала на чисто юридическихъ вопросахъ, возбуждаемыхъ имъ, оставляя пока въ сторонѣ вопросъ о томъ, насколько подобная нормировка наслѣдованія въ крестьянскихъ земляхъ можетъ быть согласована съ хозяйственными и бытовыми условіями русской деревни.

Достаточно бѣглаго ознакомленія съ проектомъ, чтобы убѣдиться, насколько онъ близокъ къ упомянутымъ выше законамъ объ Anerbenrecht и, въ частности, къ прусскому закону о наслѣдованіи въ рентныхъ имѣніяхъ. Впечатлѣніе это вполнѣ подтверждается мотивами къ проекту, хотя послѣдніе безъ достаточнаго основанія противополагаютъ прусскую систему, какъ систему «единонаслѣдія», принятой проектомъ системѣ «преимущественнаго наслѣдованія одного наслѣдника». Образцомъ этой второй системы мотивы считаютъ ганноверскій законъ о крестьянскихъ дворахъ, при чемъ они имѣютъ въ виду старый ганноверскій законъ 1874 г., замѣненный новымъ закономъ въ 1909 г., усвоившимъ основныя начала прусскаго закона о рентныхъ имѣніяхъ.

Авторы проекта допустили однако рядъ существенныхъ отступленій отъ своихъ образцовъ, благодаря которымъ ихъ проектъ страдаетъ серьезными недостатками, чуждыми германскимъ законамъ.

Основнымъ принципомъ всѣхъ соотвѣтствующихъ германскихъ законовъ является точное предварительное установленіе того объекта, къ которому примѣняются ихъ постановленія. Это достигается, какъ уже было указано, соотвѣтствующей отмѣткой въ вотчинной книгѣ, которая вносится либо по желанію собственника, либо по требованію административнаго органа. Въ отличіе отъ этого проектъ устанавливаетъ двѣ категоріи участковъ, подчиненныхъ его дѣйствію. Во-первыхъ, хуторскіе и отрубные «участки», образованные безъ содѣйствія правительства, могутъ быть подчинены дѣйствію закона по заявленію владѣльца въ Уѣздн. Землеустр. Комиссію. Послѣдняя дѣлаетъ надпись «на актѣ, удостовѣряющемъ принадлежность участка владѣльцу», и сообщаетъ объ этому старшему нотаріусу для отмѣтки въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ. Во-вторыхъ, дѣйствія закона подчиняются, независимо отъ какой-либо отмѣтки на актахъ или въ крѣпостныхъ книгахъ, всѣ хуторскія и отрубныя «владѣнія», образованныя при содѣйствіи землеустроительныхъ учрежденій изъ надѣльныхъ и внѣнадѣльныхъ земель, если въ каждомъ изъ нихъ «состояло удобной земли не менѣе количества десятинъ, указаннаго въ особомъ расписаніи». Низшимъ предѣломъ такого недѣлимаго участка

Digitized by Google

признается высшій или указный надѣлъ по Положенію 1861 г.; высшимъ же предѣломъ признается количество земли, соотвѣтствующее двумъ высшимъ или указнымъ надѣламъ. Такимъ образомъ недѣлимыми признаются «владѣнія въ размѣрѣ одного надѣла и выше, но не достигающія количества земли, которое можетъ быть раздѣлено на части, равныя двумъ надѣламъ каждая». Такую формулу даетъ объяснительная записка къ проекту (стр. 34).

Очевидно, что подобный способъ опредѣленія участка, подлежащаго дѣйствію закона, долженъ вызвать многочисленныя и серьезныя затрудненія; вопросъ о примѣнимости закона станетъ поэтому поводомъ къ безконечнымъ спорамъ между наслѣдниками. Размѣръ участковъ по документамъ не соотвѣтствуетъ, въ большинствѣ случаевъ, дѣйствительнымъ размѣрамъ его въ натурѣ. Мало того, при опредѣленіи размѣра принимается во вниманіе только удобная земля, далеко не всегда показанная отдѣльно отъ неудобной земли и въ самихъ документахъ на крестьянскіе участки. Наконецъ, въ случаѣ прикупки земли каждый такой участокъ легко можетъ превысить установленный максимумъ и тѣмъ отчасти выйти изъ-подъ дѣйствія закона. Словомъ, въ многочисленныхъ случаяхъ, ни наслѣдодатель, ни наслѣдники не будутъ знать, обязаны ли они считаться съ постановленіями новаго закона или нѣтъ. Такое положеніе дѣла должно стать новымъ источникомъ неопредѣленности и шаткости поземельныхъ правъ крестьянъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ проектъ, въ ст. 31, признаетъ всѣ сдѣлки объ отчужденіи и раздѣлѣ недѣлимыхъ участковъ, совершенныя съ нарушеніемъ или «въ обходъ» закона, — недѣйствительными. Увлекаясь стремленіемъ въ что бы то ни стало закрѣпить положеніе, созданное новымъ закономъ, и въ нарушеніе основныхъ началъ нашего общаго права, та же ст. 31 постановляетъ далѣе: «Владѣніе отдѣльными частями означенныхъ участковъ, нарушающее установленные предѣлы ихъ дробимости, не можетъ служить, по истеченіи давностнаго срока, основаніемъ къ укрѣпленію этихъ частей въ собственность владѣльцевъ». Это значитъ, что можно будетъ оспаривать семейный раздѣлъ даже по истеченіи нѣсколькихъ десятковъ лѣтъ.

Едва ли удачно избранъ и самый принципъ, на основаніи котораго опредѣляется размѣръ недѣлимаго участка. Высшій надѣлъ по отдѣльнымъ мѣстностямъ былъ опредѣленъ въ 1861 г. не по какимъ-либо принципіальнымъ соображеніямъ, а почти всегда былъ результатомъ компромисса между сторонниками и противниками «эмансипаціи», — торга, исходъ котораго часто зависѣлъ главнымъ образомъ отъ степени энергіи и вліятельности

Digitized by Google

представителей дворянства той или иной мѣстности. Далѣе, практика примѣненія ст. 56 зак. 14 іюня 1910 г. показала, что этотъ критерій, вмѣстѣ съ тѣмъ, страдаетъ неопредѣленностью, такъ какъ границы между «мѣстностями» въ предѣлахъ одного уѣзда, нерѣдко спорны[1]). Эта неопредѣленность сохраняется, однако, и въ росписаніи предѣловъ недѣлимыхъ владѣній, приложенномъ къ ст. 1 Проекта.

Ограниченія, которымъ подвергается владѣлецъ недѣлимаго участка по проекту, въ общемъ соотвѣтствуютъ ограниченіямъ, предусмотрѣннымъ германскими законами. Они сводятся къ тому, что владѣлецъ участка не можетъ дробить его по добровольнымъ сдѣлкамъ между живыми. Законъ не упоминаетъ особо о наслѣдственномъ выдѣлѣ и о договорѣ передачи участка наслѣднику при жизни съ обязательствомъ для послѣдняго «покоить и кормить» прежняго собственника (Uebernahmevertrag), но оговариваетъ, что участокъ не можетъ быть раздѣленъ и при обращеніи на него казенныхъ и частныхъ взысканій.

Центръ тяжести проекта лежитъ въ постановленіяхъ о переходѣ недѣлимыхъ участковъ по наслѣдству.

Если участокъ переходитъ по завѣщанію или по закону къ одному наслѣднику, то «вступленіе наслѣдника во владѣніе (?) унаслѣдованнымъ имуществомъ совершается въ общемъ порядкѣ».

Если участокъ, опять-таки по завѣщанію или по закону, долженъ перейти къ нѣсколькимъ наслѣдникамъ, то изъ числа ихъ за однимъ признается «право преимущественнаго наслѣдованія участка или частей его». Право это сводится къ тому, что при раздѣлѣ наслѣдственнаго имущества, которое мыслится какъ единая, общая наслѣдственная масса, участокъ, неподлежащій дробленію, переходитъ въ полномъ составѣ къ преимущественному наслѣднику, а этотъ послѣдній обязанъ выплатить деньгами остальнымъ наслѣдникамъ стоимость причитающихся имъ наслѣдственныхъ долей. Если наслѣдственный участокъ по своимъ размѣрамъ еще можетъ быть раздѣленъ, то право преимущественнаго наслѣдованія признается за такимъ числомъ наслѣдниковъ, сколько возможно образовать отдѣльныхъ участковъ, каждый не менѣе предѣльныхъ размѣровъ.

Указанная конструкція соотвѣтствуетъ конструкціи перехода правъ по прусскому закону для рентныхъ имѣній и страдаетъ

[1]) Намъ извѣстны случаи, напр., въ Самарской губ., когда въ теченіе ряда лѣтъ утверждались купчія крѣпости на надѣльныя земли въ предположеніи, что указный надѣлъ для извѣстной мѣстности равняется 6 десятинамъ, а затѣмъ, въ силу новаго разъясненія губ. присутствія, уже только изъ расчета указнаго надѣла въ 5 десят.

Digitized by Google

тѣмъ же внутреннимъ противорѣчіемъ, какъ послѣдняя. Всѣ наслѣдники признаются сонаслѣдниками въ общей массѣ и пріобрѣтаютъ право на нее, согласно ст. 1254 Зак. Гражд., со времени открытія наслѣдства; но, вмѣстѣ съ тѣмъ и вопреки этому, участокъ признается перешедшимъ непосредственно въ единоличную собственность преимущественнаго наслѣдника.

Право преимущественнаго наслѣдства можетъ быть признано за однимъ изъ наслѣдниковъ либо по полюбовному соглашенію между всѣми наслѣдниками, либо въ силу указаній закона. Права наслѣдодателя указать преимущественнаго наслѣдника въ завѣщаніи проектъ не оговариваетъ.

Порядокъ постепенности, въ которой право преимущественнаго наслѣдованія признается за отдѣльнымъ наслѣдникомъ, опредѣленъ проектомъ, какъ уже было указано, различно для некрестьянъ и для крестьянъ: послѣ первыхъ это право признается за старшими по возрасту наслѣдниками, сначала мужского, а потомъ женскаго пола, каждый разъ очевидно въ предѣлахъ той же степени родства. Для крестьянъ же устанавливается еще дополнительное условіе, чтобы преимущественный наслѣдникъ проживалъ совмѣстно съ наслѣдодателемъ.

Преимущественный наслѣдникъ можетъ «во всякое время» отказаться отъ принадлежащаго ему права преимущественнаго наслѣдованія. По буквѣ закона отказъ допускается, повидимому, даже послѣ принятія наслѣдства, а это, несомнѣнно, также послужитъ источникомъ неопредѣленности правъ сонаслѣдниковъ.

Центральнымъ и теоретически самымъ труднымъ вопросомъ преимущественнаго наслѣдованія являются пріемы, коими упрочивается положеніе преимущественнаго наслѣдника. Въ германскихъ законахъ эта цѣль достигается двумя путями: во-первыхъ, при опредѣленіи размѣра выплатъ, которыя ложатся на преимущественнаго наслѣдника въ пользу остальныхъ сонаслѣдниковъ, участокъ оцѣнивается не по продажной стоимости его, а по его доходности; во-вторыхъ, преимущественному наслѣднику предоставляется особая преимущественная доля — прелегатъ (Voraus). Проектъ содержитъ постановленія аналогичныя обоимъ этимъ пріемамъ, но отступающія отъ нихъ въ существенныхъ чертахъ.

Какъ извѣстно, доходность недвижимыхъ имѣній большею частью далеко не соотвѣтствуетъ ихъ продажной цѣнѣ; послѣдняя значительно превышаетъ капитализированный доходъ въ силу цѣлаго ряда экономическихъ и соціальныхъ причинъ. Между тѣмъ, при нормальныхъ условіяхъ, наслѣдникъ получаетъ имѣніе не для того, чтобы продать его, ликвидировать хозяйство, а для того,

Digitized by Google

чтобы продолжать вести его. Въ этомъ случаѣ онъ можетъ получать только обычный доходъ и обязанность выплатить сонаслѣдникамъ ихъ доли по разсчету продажной стоимости неминуемо приводитъ къ разоренію его. Поэтому германскіе законы, а нынѣ также швейцарское гражданское уложеніе (ст. 617), постановляютъ, что при раздѣлѣ наслѣдства сельскохозяйственные участки должны зачитываться наслѣднику по ихъ доходности (Ertragswert), а не по ихъ продажной стоимости (Verkehrswert). Ст. 618 швейц. гражданскаго уложенія предполагаетъ при этомъ, что первая составляетъ не болѣе трехъ четвертей второй.

Авторы проекта окончательно не выяснили этого основного вопроса. Они предлагаютъ для рѣшенія его два варіанта, которые оба неудовлетворительны. По одному оцѣнка имущества предоставляется «подлежащему суду» безъ всякаго указанія на то, чѣмъ судъ долженъ руководствоваться. Едва ли можно сомнѣваться, что при этихъ условіяхъ судъ будетъ придерживаться общепринятой оцѣнки по продажной стоимости. Согласно второму варіанту оцѣнка наслѣдственнаго участка поручается землеустроительной комиссіи «примѣнительно къ порядку оцѣнокъ, установленному для учрежденій Крестьянскаго Банка». Между тѣмъ, согласно ст. 51 устава Крест. банка, основаніемъ спеціальной оцѣнки должны служить не только свойства участка и мѣстныя экономическія условія, оказывающія постоянное вліяніе на доходность земли, но и среднія продажныя цѣны. Послѣднее понятно въ виду того, что банкъ производитъ оцѣнку для совершенно другой цѣли — для опредѣленія того, сколько можетъ быть выручено при эвентуальной понудительной продажѣ участка. Къ тому же нельзя не отмѣтить неясности тѣхъ болѣе подробныхъ указаній объ оцѣнкѣ, которыя преподаны въ соотвѣтствующихъ циркулярахъ Мин. Финансовъ и Главноупр. Землеустр. и Землед. Невыясненность основного принципа особенно опасна, когда рѣчь идетъ объ опредѣленіи гражданскихъ правъ сонаслѣдниковъ.

Аналогіей прелегата въ пользу преимущественнаго наслѣдника является постановленіе проекта о томъ, что при раздѣлѣ имущества между сонаслѣдниками не принимаются въ расчетъ жилыя и хозяйственныя постройки, а также живой и мертвый инвентарь въ количествѣ, необходимомъ для веденія сельскаго хозяйства: все это предоставляется безвозмездно наслѣднику, получающему участокъ. Неясно прежде всего, относится ли оговорка о необходимости для веденія сельскаго хозяйства только къ инвентарю или также къ постройкамъ; вопросъ этотъ имѣетъ большое значеніе, такъ какъ нынѣ нерѣдки цѣнныя постройки — фабрики, дачи и т. п., на

Digitized by Google

участкахъ надѣльной земли. Главный недостатокъ этого постановленія, однако, заключается въ томъ, что размѣры предусматриваемаго прелегата зависятъ отъ ряда случайныхъ причинъ и во многихъ случаяхъ онъ можетъ оказаться несоразмѣрно великимъ по сравненію съ цѣнностью всего участка.

Извѣстныя преимущества предоставляются наслѣднику, какъ уже было указано выше, ради обезпеченія за нимъ возможности продолжать веденіе сельскаго хозяйства, но не для того, чтобы онъ, получивъ участокъ по пониженной оцѣнкѣ и, сверхъ того, прелегатъ, все это немедленно сбылъ по повышенной, продажной цѣнѣ и тѣмъ обогатился за счетъ своихъ сонаслѣдниковъ. Поэтому, какъ германскіе законы, такъ и швейц. гражд. уложеніе (ст. 619) принимаютъ мѣры противъ такихъ злоупотребленій со стороны преимущественнаго наслѣдника. Напротивъ, проектъ совершенно не считается съ этимъ вопросомъ. Это доказываетъ, что авторы его не вполнѣ уяснили себѣ соціально-политическія основанія института преимущественнаго наслѣдованія.

Положеніе сонаслѣдниковъ опредѣляется проектомъ также съ крупными и большею частью неудачными отступленіями отъ западныхъ образцовъ. Проектъ признаетъ ихъ несомнѣнно сонаслѣдниками, говоря о причитающихся имъ наслѣдственныхъ доляхъ въ участкѣ, переходящемъ къ преимущественному наслѣднику, предоставляя имъ право на укрѣпленіе за собой участка въ случаѣ неисправности преимущественнаго наслѣдника и т. д. Но мѣры, могущія обезпечить сонаслѣдниковъ отъ злоупотребленій со стороны преимущественнаго наслѣдника — отъ распродажи имъ инвентаря или обезцѣненія участка, предлагаемыя проектомъ, едва ли достаточны. Проектъ трактуетъ сонаслѣдниковъ, въ сущности, какъ обыкновенныхъ кредиторовъ преимущественнаго наслѣдника, при чемъ имъ сверхъ общихъ способовъ взысканія предоставляется лишь довольно призрачное право требовать, чтобы участокъ неисправнаго наслѣдника, не погасившаго въ срокъ причитающихся съ него выплатъ, былъ сданъ въ аренду съ публичныхъ торговъ на срокъ не свыше 3 лѣтъ съ обязательствомъ арендатора вносить арендные платежи въ депозитъ подлежащаго суда для распредѣленія денегъ между сонаслѣдниками. Достаточно представить себѣ сложность всего этого производства, чтобы уяснить почти полную практическую непримѣнимость его.

Обездоливая сонаслѣдниковъ, проектъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, не обезпечиваетъ интересовъ преимущественнаго наслѣдника. Германскіе законы предоставляютъ сонаслѣдникамъ право на полученіе ренты, т.-е. ежегодныхъ платежей въ теченіе 33 лѣтъ, коими погашается

Digitized by Google

ихъ наслѣдственная доля. Проектъ постановляетъ, что сроки для денежныхъ выплатъ преимущественнымъ наслѣдникомъ сонаслѣдникамъ не могутъ быть назначаемы свыше трехъ лѣтъ; исключеніе допускается только для малолѣтнихъ сонаслѣдниковъ. При такихъ краткихъ срокахъ, очевидно, невозможно дѣлать выплаты изъ доходовъ и, слѣдовательно, неизбѣжно возрастаніе задолженности преимущественнаго наслѣдника.

Правда, преимущественному наслѣднику предоставляется получать ссуду изъ Крестьянскаго банка для производства выплатъ сонаслѣдникамъ. Но эти ссуды выдаются сонаслѣдникамъ лишь свидѣтельствами банка по ихъ нарицательной стоимости или наличными деньгами по курсовой цѣнѣ свидѣтельствъ. Такимъ образомъ, крестьяне по мелкимъ расчетамъ своимъ становятся въ нѣкоторую зависимость отъ настроенія биржи, что едва ли представляется нормальнымъ.

Наконецъ, проектъ совершенно не даетъ указаній, какъ нужно будетъ распредѣлять между сонаслѣдниками отвѣтственность по долгамъ наслѣдодателя. Примѣненіе общихъ началъ можетъ встрѣтить затрудненія, такъ какъ прелегатъ не составляетъ доли въ имуществѣ.

Общій характеръ проекта настолько ясно обрисовывается сдѣланнымъ нами выше разборомъ основныхъ положеній его, что мы въ настоящее время можемъ не касаться остальныхъ его постановленій, имѣющихъ лишь вспомогательное значеніе, напр., относительно порядка раздѣла тѣхъ участковъ, которые превышаютъ указанную въ законѣ норму, относительно порядка производства продажи съ торговъ недѣлимыхъ участковъ и т. д. Уже на основаніи всего приведеннаго мы имѣемъ основаніе полагать, что независимо отъ общихъ теоретическихъ возраженій противъ началъ, положенныхъ въ основаніе проекта, и сомнѣній въ пригодности его для русской деревни, проектъ страдаетъ настолько крупными техническими несовершенствами, что едва ли можно ожидать принятія его Гос. Думой. Нѣтъ сомнѣнія, что прежде всего принципіальными противниками его окажутся всѣ депутаты-крестьяне, къ какому бы направленію они ни примыкали.

III.

Въ отличіе отъ проекта Главноупр. Землеустр. и Землед., который усиленно пропагандировался офиціозами, проектъ, выработанный Мин. Вн. Дѣлъ, остался какъ бы въ тѣни, и, повидимому, не пользуется особой популярностью въ руководящихъ кругахъ. Вза-

Digitized by Google

мѣнъ, составленію этого проекта предшествовала спеціальная анкета, получившая довольно широкую огласку въ деревнѣ, благодаря усиліямъ «Сельскаго Вѣстника», въ теченіе долгаго времени печатавшаго выдержки изъ наивныхъ, подчасъ, отвѣтовъ крестьянъ на поставленные имъ вопросы. Нельзя сказать, впрочемъ, чтобы результаты этой анкеты серьезно отразились на самомъ проектѣ.

Задачи проекта Мин. Вн. Дѣлъ гораздо болѣе широкія, чѣмъ проекта Главноупр.: имъ опредѣляется порядокъ наслѣдованія не только въ отрубныхъ и хуторскихъ владѣніяхъ, но во всѣхъ вообще земляхъ мелкаго владѣнія лицъ бывш. податныхъ состояній, за исключеніемъ только общинныхъ земель.

Въ основу проекта положена мысль о распространеніи на крестьянъ дѣйствія общихъ началъ гражданскаго права съ извѣстными лишь поправками. Поэтому проектъ формулированъ въ видѣ положеній, дополняющихъ отдѣльныя статьи т. X ч. 1. (ст. 156^{8}, 399 пр. 2, 419^{1}, 1103^{1} и сл. 1221^{1} сл. и 1239^{1}.

Предѣлы дѣйствія проекта устанавливаются имъ, однако, недостаточно опредѣленно и могли бы стать предметомъ нескончаемыхъ споровъ. Согласно ст. 419^{1} дѣйствіе его предполагается распространить: 1) на земли надѣльныя и приравненныя къ нимъ — повидимому безъ ограниченія размѣровъ владѣнія, хотя это стоитъ въ противорѣчіи съ заглавіемъ проекта; 2) на внѣнадѣльныя земли сельскихъ обывателей, при чемъ дается, однако, лишь примѣрный перечень ихъ съ указаніемъ, что къ нимъ относятся «и прочія внѣнадѣльныя земли сельскихъ обывателей, поступившія въ ихъ собственность внѣ порядка, гражданскими законами установленнаго»; 3) на земли, пріобрѣтенныя при содѣйствіи Крест. банка или отъ казны сельскими обывателями или земледѣльцами другихъ сословій, по быту своему не отличающимися отъ крестьянъ; 4) наконецъ, на прочія земли, подходящія подъ дѣйствіе Положенія о землеустройствѣ (ст. 2 Полож. земл.), за исключеніемъ земель, принадлежащихъ на правѣ частной собственности лицамъ, неподвѣдомственнымъ волостному и сельскому управленію.

Это послѣднее положеніе заслуживаетъ особаго вниманія. Независимо отъ внесенія чрезвычайно шаткаго въ наше время сословнаго критерія, послѣ указа 5 окт. 1906 г. уже не пригоднаго для опредѣленія гражданскихъ правъ, положеніе это весьма наглядно характеризуетъ законодательную технику постановленій о крестьянахъ. Ссылка на ст. 2 Полож. о землеустр. создаетъ впечатлѣніе, что тамъ указанъ какой-либо критерій для опредѣленія соотвѣтствующей категоріи земель. На дѣлѣ этого нѣтъ, и ст. 2, въ свою очередь, содержитъ ссылку на ст. 217^{2} Положенія о нотар. части по прод. 1909 г.

Digitized by Google

Напрасно бы мы стали искать опредѣленный критерій и въ статьѣ 217[2] Пол. о нот. части: она содержитъ лишь ссылку на ст. 54 устава Крест. позем. банка. Какъ извѣстно, и эта послѣдняя статья не указываетъ нормъ, установленныхъ въ законодательномъ порядкѣ; она только предоставляетъ Министру Финансовъ, по соглашенію съ Мин. Внутр. Дѣлъ и Земледѣлія и государственныхъ имуществъ (нынѣ Главноупр. Землеустр. и Землед.), т.-е. въ порядкѣ управленія, опредѣлять для каждаго участка наибольшее количество земли, которое можетъ быть пріобрѣтено при содѣйствіи банка. Такимъ образомъ оказывается, что вопросъ о предѣлахъ дѣйствія закона о порядкѣ наслѣдованія ставится въ зависимость отъ акта управленія, которымъ въ любое время нормы могутъ быть повышены или понижены въ зависимости отъ хода дѣлъ Крест. банка. Подобной неопредѣленности не вноситъ въ наслѣдственныя права крестьянъ даже примѣненіе обычая, какимъ бы шаткимъ онъ ни казался.

Порядокъ наслѣдованія, принятый проектомъ, въ основныхъ чертахъ своихъ соотвѣтствуетъ порядку наслѣдованія въ родовыхъ имуществахъ по дѣйствующему общему праву: ограничивается свобода даренія, устанавливается относительная лишь свобода завѣщаній и т. п. Однако, болѣе детальное разсмотрѣніе постановленій проекта показываетъ, что единаго, послѣдовательно проведеннаго начала въ проектѣ нельзя усмотрѣть.

Проектъ содержитъ цѣлую главу о «завѣщаніяхъ на земли мелкаго владѣнія». Какъ уже было отмѣчено, проектъ предоставляетъ лицамъ, подвѣдомственнымъ крестьянскимъ установленіямъ, право «свидѣтельствовать» завѣщанія па земли мелкаго владѣнія, независимо отъ ихъ цѣны, въ волостныхъ правленіяхъ и постановляетъ, что всѣ вообще завѣщанія на земли мелкаго владѣнія утверждаются къ исполненію мировыми судьями. Упрощеніе формальностей, сопряженныхъ съ составленіемъ и утвержденіемъ завѣщаній, можно привѣтствовать; но при этомъ необходимо принять мѣры противъ возможности утвержденія разными судами сталкивающихся завѣщаній. Между тѣмъ, по проекту это возможно, если одно завѣщаніе касается только надѣльной земли, а другое, на ряду съ распоряженіями о надѣльной землѣ, содержитъ и другія распоряженія; въ такомъ случаѣ второе завѣщаніе будетъ утверждаться окружнымъ судомъ, который можетъ не располагать свѣдѣніями объ утвержденіи перваго.

Болѣе существенны постановленія проекта относительно содержанія завѣщательныхъ распоряженій. При наличности нисходящихъ завѣщателю предоставляются тѣ же права, какъ по ст. 1068[1] въ редакціи зак. 3 іюня 1912 г. При отсутствіи же нисходящихъ завѣ-

Digitized by Google

щатель по проекту, въ отличіе отъ ст. 1068[2], можетъ завѣщать землю и постороннимъ лицамъ. Оба эти постановленія рѣшительно расходятся съ принятыми почти всѣми законодательствами началами необходимаго наслѣдованія, признаваемыми также обычнымъ правомъ крестьянъ. Между тѣмъ опытъ западныхъ народовъ показываетъ, что принципъ необходимаго наслѣдованія существенно содѣйствуетъ упроченію семейной связи.

Неудачными представляются намъ также постановленія проекта о выдачахъ или легатахъ. Прежде всего собственнику предоставляется обязывать наслѣдниковъ, слѣдовательно и своихъ нисходящихъ, выдачами въ пользу третьихъ лицъ безъ ограниченія ихъ размѣровъ. Этимъ лишается практическаго значенія воспрещеніе завѣщевать имѣніе постороннимъ, мимо нисходящихъ. — Затѣмъ проектъ содержитъ постановленіе, которое, вѣроятно, должно замѣнить нормы относительно неотъемлемой доли супруга и восходящихъ завѣщателя. Лицо, получившее землю въ собственность или только въ пожизненное владѣніе по завѣщанію, обязано изъ доходовъ съ этой земли доставлять соотвѣтственное содержаніе супругу и восходящимъ завѣщателя, если они въ томъ нуждаются. Такое постановленіе создало бы юридически сложную и практически трудно осуществимую форму законнаго легата алиментовъ. И тутъ цѣлесообразнѣе было бы придерживаться испытанныхъ началъ необходимаго наслѣдованія.

Наслѣдованіе по закону въ земляхъ мелкаго владѣнія въ принципѣ подчиняется проектомъ общему гражданскому праву, но отъ его постановленій допускаются столь существенныя отступленія, что въ результатѣ отъ началъ общаго гражданскаго права остается немногое.

Какъ уже было отмѣчено выше, отъ наслѣдованія въ нисходящей линіи проектомъ устраняются всѣ лица, жившія отдѣльно отъ наслѣдодателя и неучаствовавшія въ поддержаніи его хозяйства; въ частности сюда относятся замужнія дочери при наличности сыновей. Тѣмъ самымъ начало кровнаго родства замѣняется въ сущности началомъ «трудовой семьи» — «двора». Это послѣднее начало въ примѣненіи его судомъ, стоящимъ далеко отъ тяжущихся и руководствующимся преимущественно формальными доказательствами, неминуемо послужитъ источникомъ нѣкоторой произвольности при опредѣленіи правъ наслѣдника.

При наслѣдованіи въ боковыхъ линіяхъ проектъ, напротивъ, рѣшительно отступаетъ не только отъ общаго, но и отъ обычнаго права. Тутъ онъ руководствуется принципомъ, положеннымъ въ основаніе проекта Главноупр. Землеустр. и Землед., — стремле-

Digitized by Google

ніемъ противодѣйствовать дробленію участковъ. Въ виду этого проектъ отдаетъ преимущество старшему изъ ближайшихъ боковыхъ родственниковъ съ предпочтеніемъ мужского пола женскому.

Всѣ эти постановленія имѣютъ, однако, сравнительно мало значенія при неограниченной, въ сущности, свободѣ завѣщательныхъ распоряженій.

Такимъ образомъ и проектъ Мин. Вн. Дѣлъ нуждается въ коренной, принципіальной переработкѣ. Цѣнной въ немъ представляется, правда, основная мысль о необходимости подчинить закону порядокъ наслѣдованія у крестьянъ. Ее надлежало бы, однако, осуществить такъ, какъ это сдѣлано въ новомъ швейцарскомъ гражданскомъ уложеніи — путемъ установленія особаго порядка перехода по наслѣдству общаго для всякаго «сельскохозяйственнаго предпріятія» (landwirtschaftliches Gewerbe — ст. 620).

А. Вормсъ.

Digitized by Google

Переходъ торговыхъ предпріятій.

19 января 1913 года Министерство Торговли и Промышленности внесло въ Государственную Думу законопроектъ правилъ «о переходѣ торговыхъ и промышленныхъ предпріятій» и объ измѣненіи и дополненіи цѣлаго ряда постановленій дѣйствующихъ законовъ (предполагается существеннымъ образомъ измѣнить п. 2, ст. 1529, т. X и п. 1 Зак. Гражд. о подложномъ переукрѣпленіи имѣній во избѣжаніе платежа долговъ, — установить уголовную санкцію нѣкоторыхъ предписаній предполагаемаго закона и т. д.).

Цѣль законопроекта — облегчить и упорядочить борьбу съ недобросовѣстностью неплательщиковъ, которые, пользуясь несовершенствомъ нашихъ дѣйствующихъ законовъ, такъ сказать, на законномъ основаніи уклоняются отъ платежей, передавая свое имущество въ руки третьихъ лицъ, но сохраняя за собою фактическую возможность пользоваться всѣми выгодами этого имущества. Излюбленнымъ пріемомъ для такихъ продѣлокъ является передача въ третьи руки, на томъ или иномъ основаніи, торговыхъ и промышленныхъ предпріятій: пріемъ наименѣе уязвимый со стороны кредиторовъ въ виду полнаго отсутствія постановленій по этому вопросу въ нашемъ законѣ. Противъ такихъ недобросовѣстныхъ сдѣлокъ съ торговыми и промышленными предпріятіями и направленъ главный ударъ законопроекта.

Читатель «Юридическаго Вѣстника» найдетъ въ статьѣ опытнаго юриста-практика А. Б. Гольдовскаго «О мѣрахъ противъ недобросовѣстныхъ неплатежей и о переходѣ торговыхъ и промышленныхъ предпріятій» (кн. II за 1913 г.) интересную справку о размѣрахъ, которыхъ достигли неплатежи въ нѣкоторыхъ отрасляхъ промышленности. Тамъ же дана исторія возникновенія проекта и подробный разборъ и критика всѣхъ его постановленій. Цѣнныя указанія по цѣлому ряду принципіальныхъ вопросовъ, затронутыхъ проектомъ, сдѣланы также проф. А. Э. Вормсомъ («Отвѣтственность пріобрѣтателя при переходѣ торговыхъ предпріятій». «Вѣстникъ Пр. и Нотар.» № 17 за текущій годъ).

Digitized by Google

Главныя основанія законопроекта, согласно объяснительной запискѣ (стран. 6), «заключаются: въ установленіи требованія о совершеніи актовъ о переходѣ предпріятія исключительно нотаріальнымъ порядкомъ (ст. 1), въ обязательности при заключеніи этихъ сдѣлокъ представленія нотаріусу списка всѣхъ безъ исключенія кредиторовъ отчуждаемаго предпріятія (ст. 2); въ установленіи солидарной отвѣтственности отчуждателя и пріобрѣтателя по обязательствамъ, внесеннымъ въ списокъ кредиторовъ (ст. 4). Къ этому краткому перечню слѣдуетъ еще прибавить, что предполагается установить требованіе о публикаціи такихъ сдѣлокъ и особаго увѣдомленія каждаго изъ внесенныхъ въ списокъ кретора (ст. 3).

Итакъ, основная задача проекта — установить отвѣтственность пріобрѣтателя наряду съ отчуждателемъ за всѣ обязательства по предпріятію. Правда, ст. 4 ограничиваетъ эту отвѣтственность долгами, внесенными въ списокъ кредиторовъ, — плюсъ тѣ, о существованіи которыхъ пріобрѣтатель зналъ къ моменту заключенія сдѣлки, — но вмѣстѣ съ тѣмъ принимаются мѣры (уголовная санкція въ предполагаемомъ дополненіи ст. 1168 Улож. о Наказ. уголовныхъ и исправит., т. XV), чтобы въ списки попали всѣ обязательства. Предполагается создать для кредиторовъ предпріятія совершенно исключительную привилегію. Здѣсь даже нѣтъ полной аналогіи съ отвѣтственностью наслѣдника за долги наслѣдодателя: отвѣтственность за эти послѣдніе несетъ только одно лицо, а въ данномъ случаѣ отвѣтственность пріобрѣтателя предпріятія присоединяется къ первоначальной отвѣтственности отчуждателя: возникаетъ ipso jure полная солидарная отвѣтственность двухъ лицъ.

Разрабатывая мѣры къ огражденію кредиторовъ при переходѣ предпріятія, авторы проекта вполнѣ естественно пожелали воспользоваться опытомъ законодательства въ Западной Европѣ. Предстояло сдѣлать выборъ между французской и венгерской системой; привлеченіе постановленій германскаго торговаго уложенія 97 г. (см. Объяснит. Зап., стран. 3—6) основано на недоразумѣніи [1]). Ст. 25 и 26 этого послѣдняго на которыя ссылается объяснительная записка, находятся въ особомъ отдѣлѣ III — «о фирмѣ», а не о предпріятіи; долги по предпріятію, такъ же какъ и требованія связаны до извѣстной степени не съ предпріятіемъ, такъ какъ при переходѣ предпріятія безъ фирмы по 3 абз. ст. 25 долги вообще не переходятъ, а съ фирмой, которая въ свою очередь, согласно § 22 и по

[1]) На это отчасти уже указалъ проф. А. Э. Вормсъ — см. статью, цитированную выше.

Digitized by Google

соображеніямъ особаго характера, не подлежитъ отчужденію безъ предпріятія. При этомъ правило о переходѣ требованій и долговъ съ фирмой — диспозитивное; оно не имѣло въ виду борьбы съ неплатежами и введено, какъ показываютъ мотивы[1]), по слѣдующимъ соображеніямъ: въ торговомъ быту Германіи установился обычай, что лицо, пріобрѣтающее фирму, тѣмъ самымъ изъявляетъ, что оно принимаетъ на себя какъ требованія, такъ и долги по предпріятію. Такая презумція освобождала отъ необходимости особыхъ извѣщеній по каждому требованію и долгу въ отдѣльности.

Обращаясь теперь къ сравненію системы французскаго закона съ венгерской[2]), нужно отмѣтить, что постановленія французскаго закона шире въ томъ отношеніи, что ими ограждаются интересы всѣхъ кредиторовъ отчуждателя[3]), а не только кредиторовъ по предпріятію, какъ это дѣлаетъ венгерскій законъ[4]). Далѣе, французскій законъ не прибѣгаетъ къ столь героической и необычайной въ системѣ гражданскаго права мѣрѣ, какъ установленіе личной (!) отвѣтственности пріобрѣтателя по долгамъ праводателя на основаніи перехода къ нему имущественнаго объекта послѣдняго (венг. зак., § 1). Мѣры французскаго закона направлены лишь противъ безденежнаго или обезцѣнивающаго отчужденія предпріятія и къ уловленію платы за него, которая, попавъ въ руки отчуждателя, можетъ быть легко скрыта.

Съ этой цѣлью § 4 art. 3, франц. закона даетъ право всякому кредитору, независимо отъ срока его требованія, заявить въ теченіе десяти дней послѣ второй публикаціи о продажѣ предпріятія — протестъ противъ унлаты покупной цѣны, которая въ силу этого поступаетъ въ распоряженіе кредиторовъ (art. 6). Если бы оказалось, что этой цѣны недостаточно для удовлетворенія всѣхъ заявленныхъ требованій, то кредиторъ можетъ потребовать расторженія сдѣлки объ отчужденіи и просить о продажѣ предпріятія съ публичнаго торга при условіи, что онъ обяжется въ случаѣ неудачи торговъ оставить предпріятіе за собой съ надбавкой $^1/_6$ противъ первоначальной цѣны основныхъ элементовъ предпріятія (§ 2, art. 5 и art. 23)[5]).

---

[1]) См. Denkschrift zum deutschen H.G.B., стран. 106, и Pisko. Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, стран. 188 и д.

[2]) См. франц. зак. 1909 года «О продажѣ и залогѣ предпріятій» и венгерскій 1908 г. «О переходѣ торговыхъ предпріятій». Переводъ того и другого приложенъ къ Объяснительной запискѣ.

[3]) См. § 4, art. 3.

[4]) См. § 1.

[5]) Таковъ смыслъ этого параграфа въ оригиналѣ. Переводъ, приложенный къ Объяснительной запискѣ, говоритъ о какомъ-то правѣ кредитора въ данномъ случаѣ «надбавить $^1/_6$...» («former une surenchère?) Значеніе этого выраженія понять невозможно, и вмѣстѣ съ тѣмъ убитъ смыслъ суще-

Digitized by Google

Благодаря этому кредиторы вмѣсто необходимости доказывать, что пріобрѣтатель зналъ или долженъ былъ знать о существованіи ихъ требованія (венгерск. зак., § 1) и вмѣсто подчасъ весьма проблематичнаго «журавля въ небесахъ» въ видѣ имущества пріобрѣтателя, получаютъ въ руки «синицу» въ видѣ денежной суммы, причитающейся за предпріятіе, а если бы эта сумма оказалась недостаточной, то право при соблюденіи очень простыхъ формальностей приступить къ публичной продажѣ предпріятія.

Обезпечивъ такимъ образомъ интересы кредиторовъ, законъ даетъ вмѣстѣ съ тѣмъ возможность пріобрѣтателю получить предпріятіе «чистымъ», не опасаясь неожиданнаго появленія требованій, о существованіи которыхъ «онъ долженъ былъ знать».

Французскій законъ «о продажѣ и залогѣ предпріятій» является результатомъ очень вдумчивой работы законодателя при живомъ участіи торгово-промышленныхъ круговъ отлично использовавшей опытъ многолѣтней практики въ этой области[1]).

Нетрудно замѣтить, что венгерскій законъ, ставя пріобрѣтателя предпріятія въ довольно тягостныя условія, проявляетъ къ такого рода сдѣлкамъ отрицательное отношеніе, въ то время какъ во Франціи, гдѣ мобилизація предпріятій достигла огромныхъ размѣровъ[2]), сдѣлано все, чтобы не подвергать излишнимъ стѣсненіямъ эти сдѣлки.

При выборѣ той или другой системы для нашего проекта слѣдовало бы начать съ выясненія вопроса, является ли у насъ ростъ сдѣлокъ по отчужденію предпріятій явленіемъ положительнымъ или нѣтъ. Къ сожалѣнію, серіознаго статистическаго матеріала по этому вопросу, очевидно, не оказалось, и законопроектъ въ согласіи съ настроеніемъ торгово-промышленнаго міра, не склоннаго подъ вліяніемъ чинимыхъ злоупотребленій облегчать переходъ предпріятій въ чужія руки, принялъ венгерскую систему.

При примѣненіи правилъ проекта на практикѣ въ первую очередь возникнетъ вопросъ, что̀ слѣдуетъ разумѣть подъ терминомъ «предпріятіе», ибо только при переходѣ предпріятія, а не какого-либо

ственнѣйшаго правила французскаго закона. Вообще переводъ закона сдѣланъ крайне небрежно: напр., «achalandage» переведено «торговая агентура» (?!) (§ 2, ст. 1); § 3, ст. 3 требуетъ только вторую публикацію, а по переводу выходитъ, что требуется еще третья и т. д. Если предположить, что авторы нашего проекта пользовались только этимъ переводомъ, то становится болѣе понятнымъ ихъ отрицательное отношеніе даже къ частному использованію правилъ французскаго закона.

[1]) Интересныя подробности объ этомъ можно найти у Mantier et Faucon, De la Vente et du Nantissement des Fonds de Commerce. 1912. Paris.

[2]) По даннымъ «Bulletin de Statistique» франц. министерства финансовъ — (прив. у Mantier et Faucon) до 1903 года зарегистрировано 54,291 сдѣлка по отчужденію предпріятій на сумму свыше 258 милліоновъ франковъ.

Digitized by Google

элемента его[1]) должны соблюдаться требуемыя формальности и на пріобрѣтателя падаетъ отвѣтственность по долгамъ. Вполнѣ сознавая желательность опредѣленія «предпріятія», составители проекта все же оказались вынужденными отказаться отъ этого, «принявъ во вниманіе трудность выработки опредѣленія — отъ какового предположенія вынуждены были отказаться и западно-европейскія законодательства» (см. Объяснит. записка, стран. 12). Ссылка исключительно на текстъ западно-европейскихъ законовъ, изъ которыхъ германскій созданъ болѣе чѣмъ 15 лѣтъ тому назадъ, независимо отъ правильности разрѣшенія вопроса по существу, является во всякомъ случаѣ недостаточною. Въ моментъ появленія крупнаго и чреватаго послѣдствіями закона по вопросу совершенно для насъ новому позволительно спросить, ознакомились ли составители проекта съ положеніемъ вопроса въ литературѣ, законодательныхъ матеріалахъ и судебной практикѣ. Ихъ обзоръ и надлежащая оцѣнка облегчили бы работу нашихъ судовъ, отъ усмотрѣнія которыхъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ зависитъ, по проекту, рѣшеніе, касается ли сдѣлка предпріятія или иного объекта. Вѣдь западно-европейская литература, а отчасти и практика, выработали цѣлый рядъ весьма разнообразныхъ и своеобразныхъ опредѣленій и если авторы проекта считаютъ ихъ въ данномъ случаѣ непригодными, то нужно по крайней мѣрѣ обосновать свое отрицательное отношеніе и устранить ихъ разъ навсегда изъ поля зрѣнія суда, освобождая тѣмъ самымъ судей отъ такой работы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Это существенное упущеніе при составленіи проекта, очевидно, должно быть восполнено критикой.

Разсмотрѣнію теорій и опредѣленій предпріятія необходимо предпослать нѣкоторую оговорку. Какъ извѣстно, всякое юридическое опредѣленіе по необходимости содержитъ только существенные признаки соотвѣтствующаго реальнаго явленія, при чемъ существенность того или другого признака часто зависитъ отъ цѣли, ради которой дается опредѣленіе. Очевидно, что такое опредѣленіе не можетъ имѣть абсолютнаго значенія; оно вѣрно только относительно — только въ отношеніи данной цѣли. Отсюда слѣдуетъ: если какое-нибудь реальное явленіе подлежитъ правовой нормировкѣ въ различныхъ направленіяхъ, то можетъ случиться, что каждая изъ проблемъ будетъ разрѣшаться на основаніи особаго опредѣленія, не исключающаго правильности другихъ опре-

[1]) По ст. 7 проекта правила ст. 1—6 подлежатъ примѣненію и въ тѣхъ случаяхъ, когда подъ видомъ отчужденія отдѣльныхъ частей предпріятія — переходитъ само предпріятіе, но для этого также необходимо знать, какія части предпріятія настолько существенны, что переходъ ихъ равносиленъ переходу всего предпріятія.

Digitized by Google

дѣленій въ отношеніи къ другимъ проблемамъ. Именно въ такомъ положеніи и находится ученіе о торговомъ и промышленномъ предпріятіи. Этимъ, между прочимъ, объясняется чрезвычайное многообразіе теорій по этому вопросу и фактъ, на первый взглядъ непонятный, что подчасъ самыя противоположныя изъ нихъ мирно уживаются въ одной той же системѣ права.

Въ виду этого для большей наглядности и плодотворности разбора теорій и опредѣленій предпріятія необходимо разбить ихъ на группы по тѣмъ проблемамъ, ради которыхъ они преимущественно созданы[1]).

Первая проблема, надъ которой работаетъ ученіе о предпріятіи, связана съ безспорнымъ фактомъ, что предпріятіе на ходу представляетъ обыкновенно значительно большую цѣнность, чѣмъ сумма цѣнностей элементовъ, входящихъ въ его составъ. Такимъ образомъ, правовая защита отдѣльныхъ элементовъ не обезпечиваетъ въ достаточной мѣрѣ пользованіе предпріятіемъ какъ цѣлымъ. Отсюда возникла мысль о необходимости создать особое и единое субъективное право на предпріятіе. Сюда относится теорія Rudolf Isay (d. Recht am Unternehmen): сущность предпріятія онъ видитъ въ организаціи элементовъ, входящихъ въ его составъ (стран. 23). Сами элементы, въ виду возможности вести собственное предпріятіе съ заарендованными элементами, не составляютъ сущности предпріятія, а являются только его объективнымъ условіемъ. Приблизительно ту же теорію, нѣсколько ранѣе Isay, развилъ Pisko (das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, см. особенно § 2 книги), пытаясь конструировать предпріятіе, какъ единый и самостоятельный объектъ права.

Однако эти теоріи не имѣли успѣха. Рядъ другихъ ученыхъ, считая предпріятіе попрежнему совокупностью правъ на отдѣльные его элементы, предлагаетъ для защиты предпріятія на ходу конструировать особое личное субъективное право на торговую и промышленную дѣятельность (Lobe, Der Bekaempfung des Unlaulteren Wettbewerbes, т. I, стран. 1, 183 и passim; Osterrieth. Lehrbuch des Gewerblichen Rechtsschutzes, стран. 8, 12 и passim и множество другихъ).

Всѣ эти теоріи въ связи съ очень любопытными рѣшеніями германскаго имперскаго суда представятъ для нашего законодательства огромный интересъ, когда станетъ на очередь вопросъ о защитѣ предпріятія, какъ особаго экономическаго блага, но

[1]) Говоримъ «преимущественно», такъ какъ авторы часто не даютъ себѣ отчета въ относительности ихъ ученій и придаютъ ему абсолютное значеніе: укажемъ, напр., книгу R. Isay, Das Recht am Unternehmen.

Digitized by Google

въ отношеніи настоящаго законопроекта онѣ очевидно значенія имѣть не могутъ.

Слѣдующая проблема — чисто формальнаго характера — вызвана появленіемъ сдѣлокъ съ предпріятіемъ. Говорятъ, напримѣръ, о продажѣ предпріятія, о залогѣ и т. д. Это невольно вызываетъ предположеніе, что предпріятіемъ можно распоряжаться при помощи единаго акта или сдѣлки. Это было бы возможно, если бы можно было доказать, что само предпріятіе не есть совокупность отдѣльныхъ и самостоятельныхъ правъ, а нѣчто единое не только въ смыслѣ экономическомъ, но и юридическомъ. На этой почвѣ возникла теорія, считающая предпріятіе universitas juris, смыслъ которой исчерпывается указаніемъ на это единство [1]). Она была очень распространена во французской практикѣ [2]). Подъ ея же вліяніемъ во Франціи былъ изданъ въ 1898 г. законъ о залогѣ предпріятія en bloc [3]). Эту теорію также отстаиваетъ австрійскій ученый Ohmeyer, ссылаясь главнымъ образомъ на то, что въ Австріи можно обращать взысканіе на предпріятіе въ цѣломъ [4]).

Теорія universitas juris слишкомъ поспѣшно стремится обобщить тенденцію, подмѣченную въ нѣкоторыхъ частныхъ случаяхъ: для современнаго права она во всякомъ случаѣ невѣрна въ отношеніи отчужденія предпріятія, такъ какъ цѣлый рядъ элементовъ предпріятія помимо общаго акта отчужденія требуетъ особыхъ и самостоятельныхъ сдѣлокъ. Такъ, наприм., для перехода недвижимости предпріятія необходимо совершить отдѣльную купчую крѣпость; для перехода фирмы при существованіи регистраціи необходимы особыя формальности; для передачи правъ на патенты, товарный знакъ, модели и рисунки, установлены въ законахъ особыя сдѣлки, которыхъ общій актъ о переходѣ предпріятія замѣнить не можетъ и т. д.

Конечно, можно предположить, что подъ вліяніемъ роста числа сдѣлокъ съ предпріятіемъ обнаружится необходимость упростить и объединить акты по распоряженію предпріятіемъ въ цѣломъ [5]),

---

[1]) См. Dernburg, Pandekten, т. I, стран. 157 (§ 68).

[2]) См. франц. судебная практика, цитир. у Boutaud et Chabrol, Traité général des fonds de commerce, стран. 77. Однако contra видные авторитеты. см. курсы Lyon-Caen Paris III, °240, Thaller °86 и д. Aubry et Rau, II, § 164.

[3]) Законъ 1898 оказался слишкомъ радикальнымъ и вызвалъ рядъ недоразумѣній: см. Boutaud et Chabrol, цитир. выше, стран. 353 и д. Новый законъ 1909 года о продажѣ и залогѣ предпріятій внесъ тутъ значительныя измѣненія въ сторону расчлененія сдѣлки по залогу предпріятія; см. art. 9 и д.

[4]) Ohmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt, стран. 21.

[5]) Такъ, напр., уже теперь по Герм. торг. уложенію при переходѣ фирмы съ требованіями по предпріятію, для цессіи ихъ вмѣсто индивидуальнаго извѣщенія каждаго должника о передачѣ конкретнаго требованія другому лицу, какъ этого требуетъ общій законъ, достаточно отмѣтить въ регистраціи и надлежащимъ образомъ оповѣстить о переходѣ всего предпріятія (§ 25).

Digitized by Google

но нашъ проектъ этого вопроса не касается: все остается по старому, и слѣдовательно, теорія universitas juris къ нему непосредственнаго отношенія не имѣетъ.

Третья группа отыскиваетъ конструкцію предпріятія, чтобы объяснить переходъ долговъ вмѣстѣ съ предпріятіемъ и создающееся въ силу этого исключительное положеніе кредиторовъ по предпріятію по сравненію съ прочими личными кредиторами его владѣльца. Сюда относятся теоріи, считающія предпріятіе юридическимъ лицомъ, цѣлевымъ имуществомъ и особымъ имуществомъ (Sonder-vermoegen)[1]). Онѣ разсматриваютъ предпріятіе какъ совокупность актива и пассива, т.-е. требованій и обязательствъ, по предпріятію — плюсъ всѣ права на отдѣльные элементы, входящіе въ его составъ[2]).

Нетрудно замѣтить, что подъ «предпріятіемъ» здѣсь въ сущности разумѣютъ торговое имущество купца. Такая тенденція во всякомъ случаѣ не соотвѣтствуетъ ни германскому, ни французскому законамъ: по германскому торговому уложенію требованія, даже фирма и тѣмъ болѣе долги не входятъ въ составъ понятія «предпріятіе», или, во всякомъ случаѣ, не являются существенными для этого понятія, ибо ст. 25, абз. 3 допускаетъ переходъ предпріятія безъ нихъ.

То же самое слѣдуетъ сказать о французскомъ законѣ 1909 года, который вообще не касается перехода требованій и долговъ и говоритъ о предпріятіи даже тогда, когда отчуждаются только его нематеріальные элементы (art. 1, § 2). Отсюда слѣдуетъ, что необходимо твердо различать понятіе «торговое имущество» отъ предпріятія» въ тѣсномъ смыслѣ слова[3]). Съ этимъ, кажется, недостаточно считаются авторы проекта, заявляющіе безъ всякихъ оговорокъ, что имъ предпріятіе представляется «какъ особая совокупность правъ и обязанностей, выражающаяся въ активѣ и пассивѣ» (см. Объяснит. записку, стран. 12). Но даже въ отношеніи торговаго имущества купца примѣнимость теоріи «особаго имущества» остается очень сомнительною — по слѣдующимъ соображеніямъ. Во-первыхъ, понятіе это, возникшее на почвѣ ученія объ имуществѣ торговыхъ товариществъ, объ имуществѣ судовладѣльцевъ (Schiffsvermögen) и т. д. невольно вызываетъ идею обособленности извѣстнаго комплекса правъ не только въ экономическомъ отношеніи,

---

[1]) Онѣ подробно изложены въ Курсѣ Торг. Права, Шершеневича, т. I, стран. 162; также у Boutaud et Chabrol, цитир. сочиненіе, стран. 67 и д.

[2]) См., напр., K. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, стран. 105. Тоже Шершеневича, тамъ же, стран. 167 (de lege ferenda).

[3]) См. Binder, Rechtsstellung des Erben, I, стран. 23. Pisko, цитир. выше, стран. 8. A. Marx, Firmenrechtliche Grundbegriffe, стран. 67.

Digitized by Google

но и въ юридическомъ: владѣлецъ такого имущества не можетъ переносить во вредъ третьимъ лицамъ составныя части его въ свое общее имущество; между тѣмъ обособленность имущества по предпріятію, обнаруживается только въ торговыхъ книгахъ, и составъ его актива зависитъ всецѣло отъ усмотрѣнія купца. Далѣе, съ особымъ имуществомъ связано всегда преимущественное право его кредиторовъ на удовлетвореніе передъ кредиторами по общему имуществу. Такой привилегіи кредиторовъ по предпріятію по сравненію съ прочими личными кредиторами не знаетъ ни французское, ни германское, ни венгерское право, ее не предполагаетъ вводить и нашъ проектъ. На это защитники этой теоріи возражаютъ, что обособленность имущества можетъ быть разная: въ торговомъ предпріятіи по Герм. Торг. улож., напримѣръ, она проявляется въ наименьшей степени [1]), такъ какъ тамъ не только нѣтъ преимущественнаго права кредиторовъ на удовлетвореніе, но даже и долги не обязательно переходятъ съ предпріятіемъ (§ 25). Но если такъ, то идея «особаго имущества» во всякомъ случаѣ не въ состояніи сама по себѣ объяснить обязательный переходъ долговъ при отчужденіи предпріятія. Все дѣло въ томъ, какъ правильно указываетъ профессоръ Binder, что для современнаго права переходъ долговъ вообще не вытекаетъ съ логическою необходимостью изъ понятія «имущество» и разрѣшается законодателемъ въ каждомъ случаѣ по соображеніямъ политики права и справедливости [2]).

Четвертая проблема заключается въ выработкѣ, такъ сказать, диспозитивнаго опредѣленія предпріятія или, точнѣе, — перечня элементовъ его, которые признаются отчужденными, если стороны упустятъ сдѣлать объ этомъ указаніе въ договорѣ.

Попытка дать исчерпывающій перечень такихъ элементовъ, какъ совершенно правильно замѣчаютъ авторы нашего проекта (стран. 12 и д.), чрезвычайно затруднительна въ виду многообразія состава различныхъ предпріятій.

Поэтому, напримѣръ, германская судебная практика ограничилась установленіемъ только формальнаго правила, что въ случаѣ сомнѣнія къ пріобрѣтателю переходитъ все то, что входило въ составъ предпріятія въ моментъ совершенія сдѣлки [3]).

На такой же точкѣ зрѣнія стоитъ и устойчивая французская практика [4]). Съ изданіемъ закона 1909 г. о продажѣ и залогѣ предпріятій въ этомъ отношеніи никакихъ измѣненій не произошло,

---

[1]) См. Gierke, Genossenschaftstheorie, стран. 453 и д.
[2]) Binder, ук. соч., т. I, стран. 15.
[3]) См. Staub, Kommentar H. G. B. § 22 Anm. 23.
[4]) См. многочисл. рѣшенія у Boutaud et Chabrol, цитир. соч., стран. 107 и д.

Digitized by Google

такъ какъ законъ не касается обязанностей отчуждателя въ отношеніи къ пріобрѣтателю [1]).

Другого мнѣнія въ отношеніи французскаго закона держится проф. Каминка: «Французскій законъ 17 марта», — говоритъ почтенный авторъ, — «прямо указываетъ, что при отсутствіи въ договорѣ особыхъ указаній къ покупателю считается перешедшимъ вывѣска, фирма, договоръ найма, кліентелла» (art. 1, § 2)[2]). Однако, ссылка на § 2 art. 1 представляется неправильною: § 2 говоритъ только, что привилегія (privilège) продавца, не получившаго еще платы, въ случаѣ сомнѣнія распространяется исключительно на указанные элементы. Этимъ перечнемъ ограждаются интересы кредиторовъ пріобрѣтателя, которые иначе лишены были бы возможности знать, что изъ движимости (!), принадлежащей пріобрѣтателю, обременено привилегіей отчуждателя; но вмѣстѣ съ тѣмъ § 2 отнюдь не считаетъ прочіе элементы предпріятія въ этомъ случаѣ не проданными, а только освобождаетъ ихъ отъ привилегіи отчуждателя.

Нашъ проектъ не предполагаетъ касаться непосредственно взаимныхъ обязательствъ сторонъ при сдѣлкахъ съ предпріятіемъ, и слѣдовательно, диспозитивное опредѣленіе состава предпріятія вообще не должно имѣть мѣста въ самомъ проектѣ. Наша практика, столкнувшись съ этимъ вопросомъ, должна при разрѣшеніи его воспользоваться опытомъ западно-европейской, такъ какъ характеръ сдѣлокъ по отчужденію предпріятія у насъ и на Западѣ — аналогичный.

То опредѣленіе, въ которомъ нуждался бы нашъ проектъ, является самостоятельною проблемой: его необходимость связана съ примѣненіемъ принудительныхъ нормъ къ сдѣлкамъ съ предпріятіемъ, которыя обыкновенно устанавливаютъ извѣстныя стѣсненія для сторонъ въ интересахъ третьихъ лицъ. Такъ, по нашему проекту, при переходѣ предпріятія должны соблюдаться особыя формальности; затѣмъ пріобрѣтатель отвѣчаетъ за долги по предпріятію и т. д. Чтобы уклониться отъ столь чувствительныхъ послѣдствій, лица недобросовѣстныя, конечно, примутъ всѣ мѣры, чтобы сдѣлка ихъ не могла быть признана относящеюся къ предпріятію въ цѣломъ. Съ этою цѣлью будутъ прибѣгать къ распродажѣ предпріятія по частямъ. Предусматривая такую продѣлку, нашъ проектъ (ст. 7) постановляетъ, что «дѣйствію стт. 1—6 подлежатъ всѣ договоры о переходѣ торговыхъ и промышленныхъ

---

[1]) См. Boutaud et Chabrol, Комментаріи къ закону 1909 года, стран. 4, а также объяснительная записка къ закону: см. у Mantier et Faucon, цитир. соч., стран. 34 и д.

[2]) Очерки Торговаго Права. Изд. II, стран. 122.

Digitized by Google

предпріятій, хотя бы отчужденіе одному лицу[1]) всего предпріятія было скрыто подъ видомъ отчужденія отдѣльныхъ его частей, либо инымъ образомъ». Несомнѣнно, что ст. 7 проекта можетъ примѣняться къ сдѣлкамъ по отчужденію въ однѣ руки, хотя бы не всѣхъ, но наиболѣе существенныхъ элементовъ, такъ какъ есть элементы, отсутствіе которыхъ не исключаетъ возможности продолжать то же предпріятіе и не уменьшаетъ его цѣнности, какъ цѣлаго[2]). Но все-же тутъ есть предѣлъ: не всякое отчужденіе нѣсколькихъ элементовъ равносильно отчужденію всего предпріятія. Въ виду чрезвычайнаго различія въ послѣдствіяхъ такихъ сдѣлокъ обнаруживается необходимость, такъ сказать, минимальнаго опредѣленія предпріятія или перечня элементовъ, существенныхъ для каждаго предпріятія. Если и здѣсь по причинѣ многообразія предпріятій нельзя установить общаго правила, то слѣдуетъ по крайней мѣрѣ предусмотрѣть наиболѣе типичные случаи. Въ этомъ отношеніи опытъ Франціи могъ бы быть намъ очень полезенъ. Законъ 1909 такъ же, какъ нашъ проектъ, въ видѣ общаго правила предоставляетъ вопросъ о наличности сдѣлки съ предпріятіемъ усмотрѣнію суда, но вмѣстѣ съ тѣмъ изъ § 2 art. 1 безспорно вытекаетъ, что судъ обязанъ признать наличность такой сдѣлки при отчужденіи, хотя бы только фирмы, вывѣски, права найма помѣщенія и кліентелы. Во Франціи экономическую сущность предпріятія видятъ въ кліентелѣ[3]). Отсюда понятно, что именно кліентела и тѣ элементы, которыми она преимущественно въ большинствѣ случаевъ привлекается, какъ имя и мѣсто предпріятія, являются наиболѣе существенными.

Слѣдуетъ думать, что и у насъ это положеніе не менѣе справедливо въ отношеніи «хорошо идущихъ» предпріятій. Поэтому въ законопроектѣ слѣдовало бы указать, что отчужденіе указан-

---

[1]) Проектъ не предусматриваетъ распродажи элементовъ предпріятія въ разныя руки. На почвѣ венгерской системы этого и нельзя было сдѣлать, такъ какъ связывать всѣхъ пріобрѣтателей отдѣльныхъ элементовъ солидарною отвѣтственностью за долги предпріятія было бы слишкомъ крайнею мѣрой. Иначе во Франціи: согласно объяснительной запискѣ къ закону 1909 года, судъ можетъ примѣнить его къ распродажѣ элементовъ предпріятія, хотя бы въ разныя руки, если будетъ доказано, что эти сдѣлки, завѣдомо для сторонъ, имѣли цѣлью уклониться отъ примѣненія закона 1909 года. Въ результатѣ каждый изъ пріобрѣтателей отдѣльнаго элемента отвѣчаетъ въ размѣрѣ цѣнности его и т. д. Такое правило даетъ кредиторамъ болѣе сильное средство, чѣмъ actio Pauliana, такъ какъ, помимо всего, примѣненіе его не зависитъ отъ факта несостоятельности отчуждателя. (См. Объяснит. записку у Mantier et Faucon, стран. 213.) Этимъ сравненіемъ нашего проекта съ французскимъ закономъ только лишній разъ подтверждается, что болѣе сильная мѣра не всегда самая дѣйствительная.

[2]) Это безспорно признано какъ въ Германіи (см. Staub, Kommentar, стап. 22, Anm. 5), такъ и во Франціи (см. Boutaud et Chabrol, стран. 107).

[3]) См. Thaller, Курсъ °82. Boutaud et Chabrol, °66.

Digitized by Google

ныхъ выше элементовъ равносильно отчужденію предпріятія. Однако этого было бы недостаточно, такъ какъ проектъ направленъ главнымъ образомъ на борьбу съ недобросовѣстными и разоряющимися плательщиками, цѣнность предпріятій которыхъ заключается не въ ихъ имени и репутаціи и не въ ихъ способности привлекать кліентелу, а въ матеріальныхъ объектахъ, входящихъ въ ихъ составъ. Въ частности, насколько можно судить при скудости свѣдѣній, имѣющихся по этому вопросу, наиболѣе типичнымъ случаемъ недобросовѣстныхъ продѣлокъ у насъ является отчужденіе наличнаго товара и торговаго обзаведенія[1]).

Преподавъ, между прочимъ, указаніе, что отчужденіе торговаго обзаведенія и всего товара, въ особенности пріобрѣтеннаго въ кредитъ, равносильно отчужденію предпріятія, проектъ нисколько не стѣснитъ борьбу съ прочими продѣлками неплательщиковъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ устранитъ возможность споровъ и сомнѣній въ отношеніи весьма типичнаго случая.

Помимо понятія «предпріятіе», на которомъ пришлось остановиться столь продолжительное время въ виду его огромнаго значенія при примѣненіи будущаго закона, слѣдуетъ опасаться возникновенія сомнѣній на практикѣ по вопросу — какіе долги относятся къ долгамъ «по предпріятію» (по проекту только эти долги переходятъ на пріобрѣтателя). Дѣло въ томъ, что по тексту обязательства объ этомъ не всегда возможно судить (напомнимъ, напримѣръ, вексель, заемное письмо и т. д.). Въ такихъ случаяхъ германская судебная практика руководствуется данными торговыхъ книгъ[2]). Однако у насъ, какъ правильно отмѣчаетъ объяснительная записка (стран. 13), большинство торгующихъ книгъ не ведетъ. Тогда на какомъ же основаніи предполагается разрѣшать этотъ вопросъ? Здѣсь во всякомъ случаѣ открывается просторъ для безконечныхъ проволочекъ и споровъ, къ которымъ будутъ прибѣгать лица недобросовѣстныя въ цѣляхъ отдѣлаться хотя бы отъ нѣкоторыхъ кредиторовъ. Поэтому слѣдовало бы по крайней мѣрѣ, указать въ законѣ, что всякое сомнѣніе въ этомъ вопросѣ разрѣшается въ пользу кредитора.

Обратимся теперь къ основной задачѣ проекта — къ защитѣ интересовъ кредиторовъ предпріятія.

---

[1]) Это и понятно, такъ какъ отчужденіе ихъ не требуетъ формальностей и можетъ произойти совершенно незамѣтно. Къ тому же товаръ въ такихъ случаяхъ пріобрѣтенъ обыкновенно въ кредитъ и, передавая его подставному лицу, владѣлецъ предпріятія получаетъ фактическую возможность положить въ карманъ его цѣнность, не заплативъ за него ничего. Такимъ образомъ эти элементы представляютъ наиболѣе сильное «искушеніе», и права кредиторовъ въ отношеніи ихъ наименѣе обезпечены.

[2]) См. Staub, Kommentar къ § 22, Anm. 29.

Digitized by Google

Проектъ начинаетъ съ категорическаго заявленія (§ 1): «договоры о переходѣ торговыхъ и промышленныхъ предпріятій совершаются нотаріальнымъ порядкомъ съ соблюденіемъ нижеслѣдующихъ правилъ»: § 2. «Отчуждатель обязанъ представить нотаріусу списокъ всѣхъ кредиторовъ по отчуждаемому предпріятію, съ указаніемъ суммы задолженности каждому кредитору, и равно мѣста жительства или мѣстъ нахожденія кредиторовъ». «Должностное лицо, у котораго совершается договоръ, обязано увѣдомить всѣхъ кредиторовъ по отчуждаемому предпріятію особыми извѣщеніями» (§ 3, абз. 1), одновременно съ этимъ должна быть произведена публикація о совершеніи сдѣлки (§ 3, абз. 3). Всѣ эти мѣропріятія нельзя не привѣтствовать: ими обезпечивается широкое оглашеніе и освѣдомленіе кредиторовъ, которые получаютъ возможность своевременно принять мѣры къ охраненію своихъ интересовъ... Однако, при условіи — что правила эти будутъ соблюдаться! Гдѣ же санкція ихъ? Казалось бы, что она должна состоять въ правѣ кредиторовъ при несоблюденіи предписанныхъ формальностей просить судъ о признаніи самой сдѣлки ничтожной. Но составители проекта отказались отъ этого[1]) и тѣмъ самымъ превратили эти весьма полезныя правила въ «благое пожеланіе». По какимъ соображеніямъ? Во-первыхъ, опасались, что признаніе неформальнаго отчужденія предпріятія недѣйствительнымъ можетъ затронуть интересы третьихъ лицъ; во-вторыхъ, стороны могли не совершить требуемыхъ формальностей по упущенію[2]). Второй аргументъ не выдерживаетъ критики, такъ какъ тогда, по тѣмъ же соображеніямъ, пришлось бы признавать переходъ собственности на недвижимость безъ соблюденія крѣпостной формы. Зато, съ первымъ приходится считаться: при отсутствіи торговой регистраціи третія лица дѣйствительно лишены возможности знать, создалъ ли владѣлецъ предпріятія самъ или пріобрѣлъ его безъ соблюденія формальностей. Это, между прочимъ, лишній разъ подтверждаетъ, что безъ торговой регистраціи весьма затруднительно упорядочить вопросъ о переходѣ предпріятій. Министерство обѣщаетъ въ скоромъ времени представить въ Гос. Думу соотвѣтствующій законопроектъ[3]), но и до этого есть возможность обезпечить интересы третьихъ лицъ, не жертвуя существеннѣйшими правилами объ отчужденіи предпріятій. Для этого достаточно было бы установить, что въ случаѣ опроверженія сдѣлки о переходѣ предпріятія вслѣдствіе несоблюденія формальностей отчуждатель несетъ солидарную отвѣтственность

[1]) См. Объяснит. записку, стран. 27 и ст. 5 проекта.
[2]) См. Объяснит. зап., 24.
[3]) См. Объяснит. записку, стран. 6.

Digitized by Google

съ пріобрѣтателемъ по всѣмъ сдѣлкамъ, заключеннымъ послѣднимъ по предпріятію съ третьими лицами, незнавшими о незаконности перехода. Въ отношеніи отчуждателя, допустившаго явное нарушеніе закона (стт. 1—3 проекта), такое послѣдствіе не является несправедливымъ.

Итакъ, оказалось, что правила о формѣ сдѣлокъ по отчужденію предпріятій скорѣе факультативны. Какимъ же образомъ проектъ обезпечиваетъ интересы кредиторовъ по существу?

При переходѣ предпріятій безъ соблюденія формальностей устанавливается, по крайней мѣрѣ, ясное и простое правило: «пріобрѣтатель отвѣчаетъ солидарно съ отчуждателемъ по всѣмъ долгамъ... предпріятія» (ст. 5). Зато при переходѣ въ порядкѣ стт. 1—3 пріобрѣтатель несетъ отвѣтственность по тѣмъ обязательствамъ, «которыя внесены отчуждателемъ въ списокъ его кредиторовъ» (ст. 4), «равнымъ образомъ пріобрѣтатель отвѣчаетъ за тѣ обязательства, относительно которыхъ будетъ доказано, что пріобрѣтатель зналъ про нихъ при пріобрѣтеніи предпріятія» (тамъ же). Вмѣстѣ съ тѣмъ ст. 2-я требуетъ, чтобы въ списокъ были внесены всѣ кредиторы, и слѣдовательно, проектъ желаетъ добиться того же положенія кредиторовъ, какъ при отчужденіи неформальномъ. И снова возникаетъ вопросъ, гдѣ же гарантія осуществленія этого требованія на практикѣ? На первый взглядъ она представляется чрезвычайно дѣйствительной: предполагается наказывать тюремнымъ заключеніемъ или арестомъ тѣхъ отчуждателей, которые умышленно или по неосмотрительности не внесутъ въ списокъ кого-либо изъ кредиторовъ, если отъ этого послѣдніе понесутъ ущербъ.

Если отчуждатель ведетъ торговыя книги, то ему нетрудно будетъ составить полный списокъ кредиторовъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ легко будетъ на основаніи тѣхъ же книгъ доказать его неосмотрительность въ случаѣ упущенія кого-либо изъ кредиторовъ. Но вся бѣда въ томъ, что большинство купцовъ торговыхъ книгъ не ведетъ. Такой купецъ вспоминаетъ о существованіи у него долга, когда ему предъявляютъ требованіе объ исполненіи и, во всякомъ случаѣ, при мало-мальски сложномъ дѣлѣ безъ торговыхъ книгъ даже при добросовѣстномъ отношеніи трудно составить списокъ всѣхъ кредиторовъ и, тѣмъ болѣе, указать точный размѣръ ихъ требованій. Такимъ образомъ, въ этомъ случаѣ доказать неосмотрительность отчуждателя крайне трудно. Въ сущности, купецъ, не ведущій торговыхъ книгъ, уже въ силу этого факта долженъ быть признанъ недобросовѣстнымъ и неисправнымъ, такъ какъ онъ совершаетъ проступокъ, караемый по ст. 1173 Улож. о Наказ.

Digitized by Google

Составители проекта думаютъ, что доказательствомъ недобросовѣстности при составленіи списка можетъ служить отказъ отчуждателя удовлетворить обойденнаго кредитора [1]). Такая презумція крайне опасна: вѣдь, и добросовѣстный отчуждатель можетъ впасть въ несостоятельность, и подвергать его наказанію независимо отъ свойства его несостоятельности противорѣчило бы нашимъ общимъ законамъ.

Связывая права кредиторовъ съ фактомъ внесенія ихъ въ списокъ, проектъ, какъ это ни странно, не даетъ имъ ни права, ни возможности принять своевременно мѣры къ исправленію списка. Между тѣмъ въ иниціативѣ самихъ кредиторовъ была бы лучшая гарантія защиты ихъ правъ. Для этого было бы достаточно установить, что невнесенный въ списокъ можетъ въ теченіе извѣстнаго срока послѣ публикаціи о переходѣ предпріятія извѣстить пріобрѣтателя о существованіи своего требованія, которое тѣмъ самымъ становится для него обязательнымъ. При настоящей редакціи ст. 4 кредиторы лишены этой возможности, такъ какъ пріобрѣтатель отвѣчаетъ помимо списка только по тѣмъ долгамъ, о которыхъ онъ зналъ въ моментъ заключенія (!) сдѣлки, а сдѣлка совершается до публикаціи — т.-е. до извѣщенія объ этомъ кредиторовъ. Ставить права кредиторовъ исключительно въ зависимость отъ поведенія должниковъ крайне неосторожно, особенно, имѣя въ виду господъ «будущихъ неплательщиковъ».

Въ виду этого слѣдуетъ надѣяться, что при дальнѣйшемъ разсмотрѣніи проекта по крайней мѣрѣ этотъ существенный недостатокъ будетъ исправленъ, но думается, что по вопросу о роли списковъ необходимо пойти и дальше. — Въ чьихъ интересахъ, въ сущности, права кредиторовъ ставятся въ зависимость отъ внесенія въ списокъ и тѣмъ самымъ подвергаются чисто механическому урѣзыванію? Оправданіе, которое приводитъ объяснительная записка (стран. 16) закрючается въ томъ, что этого требуетъ интересъ пріобрѣтателя, которому должна быть дана гарантія въ томъ, что, пріобрѣтая предпріятіе, онъ отвѣчаетъ только по тѣмъ долгамъ, о которыхъ онъ зналъ, ибо въ противномъ случаѣ онъ не можетъ точно разсчитать выгоду такого пріобрѣтенія, что повлечетъ за собой значительное стѣсненіе, а подчасъ и невозможность такого рода сдѣлокъ... Всѣ эти опасенія основательны только, если отчуждается предпріятіе, по которому не ведутся книги: въ остальныхъ случаяхъ пріобрѣтатель съ помощью отчуждателя всегда сумѣетъ разобраться въ книгахъ и безъ экспертизы. Но и въ первомъ

[1]) Объяснит. записка, стран. 8.

Digitized by Google

случаѣ стороны имѣютъ достаточно средствъ обезпечить себя въ случаѣ сомнѣній: можно условиться объ удержаніи части платы за предпріятіе до выясненія вопроса, не появятся ли неожиданные кредиторы, можетъ быть дано съ этой цѣлью любое обезпеченіе. Наконецъ, проектъ можетъ сохранить уголовную кару за недобросовѣстное сокрытіе истинныхъ размѣровъ пассива передъ пріобрѣтателемъ. Но зачѣмъ же жертвовать справедливыми интересами кредиторовъ во имя облегченія мобилизаціи предпріятій безъ торговыхъ книгъ — предпріятій, ведущихся съ явнымъ нарушеніемъ закона и завѣдомо безпорядочныхъ, — предпріятій, сокращеніе числа которыхъ только желательно въ интересахъ упорядоченія нашей торговли.

На основаніи указанныхъ выше недостатковъ уже теперь нетрудно предвидѣть послѣдствія превращенія настоящаго проекта безъ измѣненій въ законъ. Лица добросовѣстныя, подчиняясь правилу и волѣ закона о переходѣ пассива, не станутъ прибѣгать къ дорого стоющимъ формальностямъ, разъ законъ, не установивъ никакой санкціи, этого въ сущности и не требуетъ. Такія лица съ чистой совѣстью могутъ прибѣгать къ неформальному отчужденію на основаніи ст. 5. Зато, господа будущіе неплательщики вѣроятно будутъ пользоваться какъ ст. 5 проекта, такъ и формальностями стт. 1—3. Въ первомъ случаѣ они будутъ строить расчеты на возможности произвести переходъ предпріятія въ полной тайнѣ, что позволитъ имъ при помощи подставныхъ лицъ замести своевременно слѣды и уклониться отъ личной отвѣтственности. Зато къ формальностямъ будутъ прибѣгать тѣ, которые не вели книгъ, и предпріятіе которыхъ запутано и сложно, — въ надеждѣ на то, что они сумѣютъ урѣзать списокъ кредиторовъ и вмѣстѣ съ тѣмъ отстоять на судѣ свою добросовѣстность.

Несмотря на всѣ указанные недостатки нельзя отрицать, что по сравненію съ настоящимъ положеніемъ законопроектъ все же значительно затрудняетъ продѣлки неплательщиковъ и улучшаетъ положеніе кредиторовъ. Однако, остались открытыми довольно большія «лазейки», и было бы желательно, чтобы дальнѣйшая работа надъ проектомъ свела ихъ до возможнаго минимума. Для этого необходимо на основаніи всего вышесказаннаго, какъ намъ кажется, перестроить проектъ по слѣдующимъ основнымъ положеніямъ:

1) Пріобрѣтатель отвѣчаетъ за долги по предпріятію независимо отъ внесенія кредитора въ списокъ.

2) Формальности, предписываемыя стт. 1—3 проекта, должны сохранить силу въ цѣляхъ широкой огласки сдѣлокъ съ пред-

Digitized by Google

пріятіемъ. Въ частности, пріобрѣтатель можетъ потребовать указанія точнаго размѣра всѣхъ требованій по предпріятію, но такое указаніе, такъ же какъ и невнесеніе въ списокъ кредиторовъ, никоимъ образомъ не должно отражаться на правахъ послѣднихъ.

3) При несоблюденіи сторонами требуемыхъ формальностей: 1) каждый кредиторъ имѣетъ право оспорить дѣйствительность сдѣлки и 2) — пріобрѣтатель отвѣчаетъ въ такомъ случаѣ за всякій ущербъ, причиненный кредиторамъ оспоренной сдѣлкой. Необходимо предоставить кредиторамъ право опроверженія сдѣлокъ еще потому, что въ противномъ случаѣ имъ придется конкурировать съ кредиторами пріобрѣтателя, что при несостоятельности послѣдняго превратитъ его отвѣтственность въ пустой звукъ. Съ другой стороны, опроверженіе сдѣлки, своевременно не оглашенной, часто окажется недостаточнымъ для возстановленія предпріятія въ прежнемъ видѣ, т. к. нѣкоторые элементы его, особенно товаръ, могутъ оказаться уже въ третьихъ рукахъ. Отвѣтственность пріобрѣтателя за ущербъ, причиненный негласной и неформальной покупкой предпріятія достаточно обосновывается нарушеніемъ требованій стт. 1—3 проекта.

4) Для огражденія интересовъ лицъ, заключившихъ сдѣлки съ пріобрѣтателемъ до объявленія недѣйствительнымъ перехода предпріятія — въ видѣ временной мѣры до введенія общей регистраціи — слѣдуетъ установить солидарную отвѣтственность отчуждателя и пріобрѣтателя по такимъ сдѣлкамъ.

Вотъ тѣ положенія, при наличности которыхъ можно надѣяться, что господа будущіе неплательщики не сумѣютъ уклониться отъ основного правила проекта отъ установленія личной отвѣтственности пріобрѣтателя по долгамъ предпріятія.

Насколько эта мѣра сама по себѣ окажется цѣлесообразной окончательно покажетъ примѣненіе ея на практикѣ. Это опытъ, который, быть-можетъ, обнаружитъ, что нормировка сдѣлокъ по переходу предпріятія требуетъ въ виду особой цѣнности этого объекта, не учтенной нашимъ проектомъ, болѣе осторожныхъ мѣропріятій на подобіе правилъ французскаго закона 1909 года.

Подъ конецъ, для полной характеристики разсматриваемаго проекта, необходимо остановиться на его части II. Составители проекта отлично понимали, что борьба съ недобросовѣстными плательщиками окажется успѣшной только при условіи, если она будетъ проведена по всей линіи возможныхъ продѣлокъ по скрытію своего имущества отъ кредиторовъ. Поэтому наравнѣ со спеціальными нормами о переходѣ предпріятій было обращено вниманіе на дѣйствующія у насъ нынѣ правила объ опроверженіи сдѣлокъ, совершенныхъ несостоятельнымъ до обнаруженія несостоятельности,

Digitized by Google

или о такъ называемомъ «подложномъ переукрѣпленіи имѣнія во избѣжаніе платежа долговъ» (ст. 1529 п. 2. Зак. Гражд. и др.). Несовершенство этихъ правилъ общеизвѣстно; вторая часть проекта посвящена ихъ измѣненію и дополненію. Мы снова отсылаемъ читателя для подробнаго ознакомленія съ этой частью правилъ къ статьѣ А. Б. Гольдовскаго [1]). Здѣсь приходится ограничиться только нѣкоторыми замѣчаніями.

Центральное вниманіе проекта обращено совершенно основательно на исправленіе и дополненіе п. 2, ст. 1529 Зак. Гражд., устанавливающей у насъ общее правило о правѣ кредиторовъ опровергать сдѣлки, клонящіяся «къ подложному переукрѣпленію имѣнія во избѣжаніе платежа долговъ».

Согласно заявленію объяснительной записки (стран. 30) предполагаемыя измѣненія ст. 1529, п. 2 заключаются въ слѣдующемъ: «вмѣсто требуемаго по ст. 1529 доказательства фактической несостоятельности, проектируемая статья 1-я даетъ кредитору право иска объ уничтоженіи сдѣлки въ томъ случаѣ, если оказалось безуспѣшнымъ обращенное на всякое (!) имущество [2]) должника взысканіе, и обязанность доказыванія наличности другого (?!) имущества, если о томъ дѣлается должникомъ заявленіе, возлагается по проекту, на этого послѣдняго».

Составители проекта очевидно упустили изъ виду, что Сенатъ для примѣненія п. 2, ст. 1529 требуетъ не только доказательства фактической несостоятельности въ моментъ заявленія спора противъ сдѣлки, но также доказательства, — что «должникъ во время заключенія (!) договора былъ несостоятельнымъ, или сдѣлался несостоятельнымъ вслѣдствіе заключенія договора» [3]). Такое требованіе, ни на чемъ не основанное, является въ настоящее время наиболѣе тягостнымъ для кредиторовъ. По проекту оно очевидно должно отпасть, и въ этомъ мы видимъ дѣйствительное улучшеніе.

Зато, замѣна доказательства фактической несостоятельности въ моментъ заявленія спора доказательствомъ безуспѣшности взысканія, обращеннаго на всякое имущество должника, представляется намъ не преимуществомъ новой редакціи, а простой игрой словами. Въ самомъ дѣлѣ, фактическая несостоятельность доказывается очевидно признаками п. 1 и 2, ст. 407. Уст. Судопр. Торг. — т.-е. фактомъ недостаточности имущества должника для удовлетворенія требованій. Въ чемъ же преимущество проекта? Здѣсь

---

[1]) «Юридич. Вѣстникъ», кн. II, 1913, стран. 154 и д.

[2]) Въ текстѣ статьи сказано прямо: «въ случаѣ безуспѣшности обращеннаго на имущество должника взысканія...»

[3]) См. Рѣш. Гражд. Кас. Деп., 81, °24 и др.

Digitized by Google

все остается по старому. А. Б. Гольдовскій предлагаетъ[1]) въ данномъ случаѣ ограничиться требованіемъ взысканія съ «какого-либо имущества должника». Съ такой поправкой согласиться нельзя, такъ какъ такое взысканіе отнюдь не доказываетъ и даже не позволяетъ предполагать неоплатности должника. Между тѣмъ, допускать споръ противъ подложнаго переукрѣпленія при состоятельности должника нѣтъ никакихъ основаній [2]).

Слѣдовало бы, по нашему мнѣнію, усвоить и въ этомъ отношеніи положенія, созданныя французской судебной практикой, которая находится въ аналогичномъ положеніи съ нашей, такъ какъ п. 2, ст. 1529 списанъ со ст. 1167 Франц. Гражд. Улож.

Во Франціи наравнѣ съ доказательствомъ недостатка имущества должника можно сослаться на признаніе его несостоятельнымъ[3]). Какъ извѣстно, признакомъ несостоятельности является здѣсь не недостатокъ имущества, а прекращеніе платежей (ст. 437 Франц. Торг. Код.). Этимъ возможность спора противъ подложнаго переукрѣпленія очевидно крайне облегчается.

Принимая во вниманіе, что у насъ параллельно съ настоящимъ законопроектомъ разрабатывается проектъ «объ измѣненіи производства дѣлъ о несостоятельности», ст. 404 котораго предлагаетъ ввести признакъ прекращенія платежей, какъ основаніе къ объявленію несостоятельнымъ должникомъ. Мы полагаемъ, что редакція ст. 1529 п. 2 дѣйствительно представитъ преимущество передъ нынѣ дѣйствующей, если ее дополнить указаніемъ, что признаніе должника несостоятельнымъ освобождаетъ отъ доказательства безуспѣшности взысканія.

В. И. Шретеръ.

---

[1]) Указ. статья, стран. 157 въ концѣ.
[2]) Этого нѣтъ ни во Франціи, ни въ Германіи.
[3]) См. Planiol, Droit civil, т. II, № 311.

Digitized by Google

Искъ разведенной жены по 106 ст. Зак. гражд.

(Двѣ иллюстраціи изъ судебной практики.)

Въ нашемъ дѣйствующемъ «Сводѣ гражданскихъ законовъ» нѣтъ указаній на право разведенной жены потребовать себѣ отъ бывшаго мужа денежныхъ выдачъ на прожитіе. Очевидно, эпоха, когда создавалась эта часть Свода законовъ, не выдвигала подобныхъ вопросовъ, и творцы этого кодекса или не предвидѣли возникновенія потребности въ соотвѣтственной нормѣ, или, можетъ быть, просто отмахнулись отъ постановки себѣ вопроса въ области, гдѣ въ то время всякіе случаи и послѣдствія супружескаго развода обыкновенно разрѣшались путемъ сепаратныхъ указовъ. Такой выводъ объ отношеніи кодификаторовъ къ данному вопросу подсказывается хотя бы простымъ сопоставленіемъ I части X тома Свода законовъ съ нѣкоторыми статьями Устава иностранныхъ исповѣданій (I ч. XI т. Св. Зак.), гдѣ отклики о правахъ разведенной супруги имѣются.

Съ паденіемъ крѣпостного безправія бракоразводныя дѣла стали возникать уже не въ одной средѣ привилегированныхъ сословій да иностранныхъ подданныхъ, — стали возникать чаще. Но, пока сторонами въ нихъ были почти исключительно богатые люди, вопроса объ обезпеченіи разведенной жены не поднималось потому, что «разводка» или не нуждалась въ пособіи отъ мужа, или добровольно «награждалась» мужемъ щедро. Но чѣмъ ближе къ XX вѣку, тѣмъ бракоразводные процессы становятся обычнѣе, число разведенныхъ супруговъ растетъ, а на ряду съ этимъ все ощутительнѣе становится архаичность соотвѣтственныхъ законодательныхъ нормъ.

И отсталость ихъ сказывается не только въ тѣхъ отношеніяхъ, которыя особенно обращаютъ на себя общее вниманіе, т.-е. въ порядкахъ, процедурѣ и органахъ развода, но вмѣстѣ съ тѣмъ и въ послѣдствіяхъ тѣхъ ухищреній и «нажимовъ на законъ», къ которымъ прибѣгаютъ, на которые идутъ иногда скрѣпя сердце, иногда необдуманно по легкомыслію (когда главное — добиться

Digitized by Google

развода — затуманиваетъ все остальное, въ томъ числѣ и мысль о средствахъ существованія въ дальнѣйшемъ).

Нельзя однако забывать, что иногда ухищренія и обходы закона проявляются не только ради того, чтобы добиться развода, но еще и въ направленіи обездолить другого супруга. Это диктуется у однихъ чувствомъ злобы или мести къ нему, у другихъ соображеніями корыстнаго расчета, у иныхъ просто недостаточностью матеріальныхъ средствъ для поддержанія одновременно двухъ семей (разводимой и будущей). Другими словами, бракоразводный искъ вчиняется и ведется иногда при помощи притворныхъ дѣйствій, обманныхъ свѣдѣній и вообще кривыхъ путей, практикуемыхъ не обѣими сторонами ради ускоренія развода по общему согласію, но по расчету единственно истцовой стороны, чтобы сбросить брачныя узы противъ воли и согласія другого супруга и притомъ связавъ послѣдняго во всѣхъ отношеніяхъ.

Этой послѣдней стороны бракоразводнаго вопроса, едва ли гдѣ доходившей въ сферѣ гражданскаго права до судебнаго разсмотрѣнія, я и хочу коснуться, основываясь на двухъ исковыхъ дѣлахъ окружного суда.

Можетъ быть, освѣщеніе ея не будетъ лишнимъ въ наши дни пересмотра всего бракоразводнаго законодательства и нѣсколько новыхъ штриховъ будущаго кодекса предотвратитъ или смягчитъ злоключенія разведенной жены, изслѣдованныя въ помянутыхъ гражданскихъ искахъ.

Многолѣтнее, мирное и благополучное существованіе нѣмецкой скромной семьи Б. рѣзко измѣнилось. Энергичная натура жены, несмотря на сравнительно большой (не менѣе 200 руб. въ мѣсяцъ) заработокъ мужа безъ всякой прислуги управлявшейся въ хозяйствѣ и съ воспитаніемъ шестерыхъ дѣтей, очевидно, сдалась отъ тяжелаго труда, физическаго напряженія и многихъ родовъ (дѣторожденій). Усилилась нервность, обострилась нетерпимость, появились размолвки съ подросшими дѣтьми, поднялась неуравновѣшенность психической сферы. Желѣзное спокойствіе мужа, не отзывавшагося на всѣ нападки и даже скандалы жены, только подливало масло въ огонь семейной разладицы. Когда же въ числѣ сослуживицъ мужа появилась дѣвица, знакомство съ которой мужа вызывало притокъ подозрительной ревности въ женѣ, настроеніе послѣдней стало разряжаться нерѣдко въ формѣ бѣшеныхъ наскоковъ на дѣтей и мужа въ квартирѣ и на улицѣ, въ своей средѣ и при постороннихъ.

Digitized by Google

Словомъ, начался тотъ семейный адъ, который особенно остро и болѣзненно-грубо выявляется въ буржуазно-мѣщанской средѣ, горитъ ненавистью другъ къ другу всѣхъ членовъ семьи, богатъ напряженностью чувства взаимной вражды, полонъ стремленія къ мелкимъ придиркамъ и мелочнымъ уколамъ самолюбія, характеренъ вынесеніемъ всяческихъ дрязгъ напоказъ. Мало-помалу образовалось 2 лагеря: въ одномъ—мужъ и дѣти, въ другомъ—жена-мать. Пропасть между ними дѣлалась все разительнѣе, и наконецъ наступилъ моментъ, когда мужъ въ согласіи съ дѣтьми изгналъ жену-мать изъ общей ихъ квартиры и отказалъ ей въ совмѣстной жизни, предложивъ извѣстную сумму на устройство отдѣльнаго существованія. Сумма эта показалась женѣ «несоотвѣтствующей его доходамъ», и мировое предложеніе мужа было отвергнуто ею.

Въ результатѣ всего этого — искъ жены къ мужу въ гражданскомъ судѣ объ истребованіи денежныхъ суммъ на содержаніе. Удовлетворить требованіе жены отвѣтчикъ, на судѣ вопреки недавнему обѣщанію отказался категорически, не входя въ обсужденіе его размѣра.

Окружный судъ подробно изслѣдовалъ взаимоотношенія супруговъ, даже перейдя рамки основанія иска. Многочисленные свидѣтели были призваны въ судъ для охарактеризованія семейной жизни и нрава супруговъ.

И тутъ выяснилось, что истица была «хорошая хозяйка, заботливая мать, любящая жена», что совѣтъ да любовь въ семьѣ продолжались около 20 лѣтъ; что сравнительно незадолго до вчиненія иска въ отношеніяхъ супруговъ наступила перемѣна и оба стали жаловаться пастору, она — на измѣны мужа, онъ — на «ужасно неприличныя слова жены»; что пастору удалось было примирить ихъ, но уже черезъ нѣсколько мѣсяцевъ жена стала явно и публично обвинять мужа въ сожительствѣ съ посторонними женщинами и даже съ собственною ихъ дочерью, вслѣдствіе чего г-нъ Б. заявилъ пастору о невозможности дальнѣйшей совмѣстной жизни съ женой. Относительно этого періода жизни установлено на судѣ, что жена проявляла все большую и даже чрезмѣрную ревность, осыпая мужа оскорбительными и бранными словами, не стѣсняясь ни мѣстомъ, ни временемъ, ни присутствіемъ постороннихъ, врываясь для своихъ жалобъ въ контору хозяевъ мужа, бросаясь за нимъ по пятамъ въ вагоны трамвая и желѣзной дороги.

Заявленіе свое пастору о невозможности вопреки данному ранѣе обѣщанію продолжать супружескую совмѣстную жизнь

Digitized by Google

мужъ сопроводилъ рѣшительными дѣйствіями, которыя вызвали приговоръ мирового судьи. Въ приговорѣ судьи установлено, что г-жа Б. обвиняетъ своего мужа въ насильственномъ удаленіи ея при помощи дворника изъ квартиры, что по объясненію г-на Б. она вошла въ квартиру обманомъ и онъ распорядился удалить ее, такъ какъ «она ему лично и дѣтямъ ихъ обоихъ наноситъ постоянно оскорбленія и дѣлаетъ совмѣстную жизнь невыносимою». Мировой судья призналъ, что «жена не можетъ считаться тѣмъ постороннимъ лицомъ, относительно котораго хозяинъ квартиры имѣетъ право удалить изъ послѣдней при нежеланіи сего лица оставить квартиру добровольно», что даже распоряженіе г-на Б. не впускать жену въ квартиру было уже дѣйствіемъ самоуправнымъ, «тѣмъ болѣе самоуправнымъ является насильственное удаленіе г-жи Б. изъ квартиры» и что «не можетъ служить въ оправданіе одно то обстоятельство, что г-жа Б. не была прописана въ квартирѣ мужа». Съѣздъ Мировыхъ судей утвердилъ приговоръ судьи, высказавъ съ своей стороны, что «супружеское несогласіе и вызывающее поведеніе г-жи Б. могли бы вліять лишь на мѣру наказанія, а не на вмѣненіе проступка».

Еще ранѣе воспослѣдованія означеннаго судебнаго приговора г-нъ Б. возбудилъ въ Евангелическо-лютеранской консисторіи дѣло о разводѣ съ женою на основаніи §§ 6 и 8 ст. 369 Уст. ин. исп. (I ч. XI т. Св. Зак. изд. 1896 г.), т.-е. выставилъ основаніемъ къ разводу: во-первыхъ, «сумасшествіе»; во-вторыхъ, «жестокое и угрожающее опасностью жизни обхожденіе, ругательства и иныя чувствительныя оскорбленія».

Одновременно съ этимъ г-жа Б. однажды была схвачена на улицѣ, по приказанію мужа, однимъ изъ своихъ сыновей при помощи лакея и отвезена, въ приготовленной заранѣе каретѣ въ одну изъ частныхъ психіатрическихъ лечебницъ, гдѣ консиліумъ врачей призналъ ее страдающею хроническимъ резонирующимъ помѣшательствомъ, при чемъ видимымъ и самымъ рѣзкимъ симптомомъ болѣзни указана ея патологическая ревность къ мужу («бредъ ревности»). Объ этомъ случаѣ лишенія свободы производилось предварительное слѣдствіе, въ виду помянутой психіатрической экспертизы прекращенное затѣмъ по 277 ст. Уст. угол. суд.

Разумѣется, всѣ эти обстоятельства крайне осложнили и замедлили теченіе иска. И, когда г-жа Б., какимъ-то таинственнымъ способомъ неизвѣстными лицами выкраденная изъ лечебницы, подверглась освидѣтельствованію въ особомъ Присутствіи Губернскаго Правленія, признана психически здоровою и могла

Digitized by Google

возобновить свои исковыя требованія, — къ дѣлу отвѣтною стороною было представлено уже удостовѣреніе Евангелическо-лютеранской консисторіи, что бракъ г-жи Б. расторгнутъ по 382 ст. Уст. ин. исп. и что рѣшеніе Реформатскаго присутствія «за неизвѣстностью мѣстожительства отвѣтчицы Б. было опубликовано въ Сенатскихъ Объявленіяхъ».

Г-нъ Б. успѣлъ вступить во второй бракъ.

Послѣ этого для повѣреннаго г-жи Б. всталъ вопросъ о судьбѣ алиментарнаго ея иска въ Окружномъ судѣ. Онъ рѣшилъ этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что потребовалъ взыскать съ бывшаго мужа г-жи Б. опредѣленную сумму за время раздѣльной ихъ жизни до дня развода. Въ этихъ только, разумѣется, предѣлахъ искъ и былъ удовлетворенъ.

Правильно ли, спрашивается, справился адвокатъ со своею задачей?

Совершенно въ противоположномъ смыслѣ при подобныхъ же обстоятельствахъ означенный вопросъ о судьбѣ алиментарнаго иска разведенной жены къ мужу разрѣшенъ по другому исковому дѣлу.

Крестьянская сирота, послѣ разныхъ мытарствъ, молодой дѣвушкой попала на подмостки опернаго театра въ качествѣ хористки и плѣнила юношу Л., съ которымъ затѣмъ и была повѣнчана далеко на югѣ Россіи. Это было въ 1890 г. Черезъ два года онъ отбывалъ воинскую повинность, послѣ чего исчезъ на сѣверѣ и былъ найденъ ею затѣмъ въ сожительствѣ съ другою женщиною, которую оставить не пожелалъ и съ которою прижилъ дѣтей. Съ 1894 г. г-нъ Л. началъ выдавать г-жѣ Л. по 30 р. ежемѣсячно до осени 1898 г. Съ этого времени онъ сталъ мѣнять свою дѣятельность и, наконецъ, поступилъ въ университетъ, а жена предпринимала мѣры къ обнаруженію его адреса и возобновленію переговоровъ, пока, наконецъ, онъ не выдалъ ей въ мартѣ 1904 г. обязательства вполнѣ опредѣленнаго: «высылать (женѣ) по 10 руб. въ мѣсяцъ во время ея проживанія въ предѣлахъ Т. области. Подписка сія вступаетъ въ силу со дня полученія (мужемъ отъ жены) письма, которое будетъ ею послано по пріѣздѣ на избранное мѣсто Т. области съ указаніемъ адреса, куда высылать деньги. Подписка сія уничтожается въ случаѣ... (жена) уѣдетъ въ другую область или губернію, не получивъ на это согласіе» (мужа).

Г-жа Л. получила затѣмъ всего нѣсколько писемъ и денежныхъ переводовъ по почтѣ отъ мужа въ мѣстѣ своего добро-

Digitized by Google

вольнаго изгнанія, тѣмъ не менѣе прожила тамъ до половины 1907 г., когда отправилась на поиски, ибо больше не могла существовать безъ пособія отъ мужа, а оно давно прекратилось.

Между тѣмъ г-нъ Л. подалъ въ февралѣ 1905 г. въ духовную консисторію прошеніе о разводѣ, гдѣ объяснялъ: «Пятнадцать лѣтъ тому назадъ я вступилъ въ бракъ... Первое время мы проживали въ Т. совмѣстно, затѣмъ разъѣхались. Въ 1892 г. я пріѣхалъ въ М. для отбыванія воинской повинности. Я жилъ въ казармахъ, а моя супруга снимала отдѣльную квартиру... Мы рѣдко видѣлись и никакихъ сношеній не имѣли. По окончаніи военной службы, я уѣхалъ въ А., а моя супруга осталась въ М. и потомъ неизвѣстно куда уѣхала. Это было въ 1894 г. Съ тѣхъ поръ я потерялъ ее изъ виду и никогда болѣе не жилъ съ нею. Послѣднія извѣстія о ней я получилъ въ 1897 г. черезъ нынѣ умершаго..., который говорилъ мнѣ, что моя супруга желаетъ возбудить противъ меня бракоразводное дѣло. Мѣстожительство моей супруги въ то время я не зналъ».

Разумѣется, Духовный судъ адреса г-жи Л. не обнаружилъ, произвелъ публикацію о розыскѣ отсутствующей, въ «Церковныхъ Вѣдомостяхъ», издаваемыхъ при Св. Синодѣ, и какъ въ теченіе года послѣ публикаціи свѣдѣній о ней не поступило, то въ 1906 г. послѣдовало, утвержденное митрополитомъ, рѣшеніе о расторженіи брака супруговъ Л. по безвѣстной болѣе 5 лѣтъ отлучкѣ жены, съ дозволеніемъ мужу вступить въ новый бракъ.

Трудно сказать, когда о расторженіи брака стало извѣстно г-жѣ Л., но отъ мужа она никакихъ извѣщеній не получала и въ декабрѣ 1907 г. вчинила въ Окружномъ судѣ къ нему искъ. Въ безхитростномъ прошеніи своемъ она, сославшись на первоначальныя обѣщанія мужа о выдачѣ пособій и на его подписку, о которой выше упомянуто, требуетъ взыскать съ него соотвѣтственно его нынѣшнему матеріальному достатку 6000 руб.

Въ исковомъ прошеніи совсѣмъ не говорится о бракоразводномъ процессѣ и не пояснено, по какому основанію или на основаніи какого закона предъявленъ искъ, и потому всѣ усилія отвѣтной стороны были направлены въ эту сторону.

Прежде всего было представлено удостовѣреніе Духовной консисторіи о расторженіи брака супруговъ Л. и сдѣлана ссылка на пропускъ истицею срока на обжалованіе заочнаго рѣшенія духовнаго суда, которое вслѣдствіе того вступило въ законную

Digitized by Google

силу и, слѣдовательно, освобождаетъ г-на Л. отъ всякой обязанности содержать г-жу Л., переставшую быть его женой. Противъ этого возраженія истица, во-первыхъ, измѣнила исковую формулу, требуя не единовременнаго взысканія, а ежемѣсячнаго пожизненнаго, во-вторыхъ, сослалась на 644, 645 и 684 ст. Зак. гражд. Тѣмъ самымъ было отпарировано и другое возраженіе отвѣтчика, — возраженіе противъ единовременнаго взысканія всей искомой суммы. Сверхъ того, истица представила объявленіе прокурора на ея имя о томъ, что ея жалоба на мужа, допустившаго явно лживыя и клеветническія утвержденія въ прошеніи, поданномъ въ Духовную консисторію, оставлена безъ послѣдствій.

Эти объясненія сторонъ открыли возможность Суду широко открыть двери правосудія обездоленной женщинѣ и дать мѣсто житейской правдѣ, потѣснивъ для нея узко-формальныя загражденія.

Окружный судъ удовлетворилъ исковыя требованія г-жи Л. и, что знаменательно, въ своей резолюціи опредѣленно формулировалъ: «обязать (г-на Л.) выдавать пожизненно разведенной женѣ своей»... Судъ сослался при этомъ на 107 и 666 ст. Зак. гражд.

На соображеніяхъ Суда я остановлюсь дальше, а теперь приведу вкратцѣ содержаніе судебнаго рѣшенія, постановленнаго въ началѣ 1909 г. и позднѣе утвержденнаго Судебною палатой.

Прежде всего Судъ констатировалъ обстоятельства, которыя являются безспорными между тяжущимися: «во-1-хъ, супруги Л. давно уже ведутъ раздѣльную жизнь, при чемъ отвѣтчикъ проживаетъ съ другою женщиной и не желаетъ вернуть къ себѣ истицу для совмѣстной жизни; во-2-хъ, онъ оказывалъ истицѣ денежную помощь на содержаніе сначала систематическими взносами, потомъ случайными выдачами; въ-3-хъ, въ 1904 г. онъ потребовалъ, чтобы г-жа Л., удалилась въ Т. область и не отлучалась оттуда, обязавшись подъ этимъ условіемъ выдавать ей по 10 р. ежемѣсячно (чего не исполнилъ); въ-4-хъ, по состоянію своихъ доходовъ отвѣтчикъ можетъ теперь удѣлять истицѣ ежемѣсячно сумму, указанную въ исковомъ прошеніи».

Такимъ образомъ единственнымъ спорнымъ остался вопросъ, лежитъ ли на обязанности г-на Л. содержать свою разведенную жену? По этому предмету Судъ высказалъ слѣдующія соображенія.

Г-нъ Л. заявилъ въ Консисторіи, какъ видно изъ текста рѣшенія Духовнаго суда, о безвѣстной отлучкѣ его жены съ 1894 г. Между тѣмъ изъ писемъ его, представленныхъ

Digitized by Google

къ дѣлу, явствуетъ, что въ мартѣ 1904 г. супруги Л. видѣлись и бесѣдовали въ М. передъ отъѣздомъ г-жи Л. въ Т. область, куда отсылалъ ее мужъ проживать безвыѣздно. Изъ полицейской справки усматривается, что она дѣйствительно и пребывала тамъ съ марта 1904 г. по августъ 1907 г. Изъ другихъ собственноручныхъ же писемъ г-на Л. къ женѣ видно, что онъ послѣ того еще нѣсколько разъ, находясь самъ въ М., обращался къ ней по почтѣ въ Т. область съ просьбою прислать письменное согласіе на усыновленіе имъ трехъ дѣтей (супруги Л. были бездѣтны) и дѣлалъ ей туда денежные переводы. «Все это съ очевидностью устанавливаетъ, говорится въ рѣшеніи Суда, что отвѣтчикъ Л., зная въ 1904 году адресъ своей жены и принявъ мѣры, чтобы она не отлучалась безъ его разрѣшенія изъ Т. области, воспользовался этимъ обстоятельствомъ для исходатайствованія рѣшенія о разводѣ по безвѣстной отлучкѣ жены», въ чемъ и преуспѣлъ.

Но заявленіе г-на Л. въ Консисторію было явно лживое, подлежавшее уголовному разслѣдованію. Если попытка истицы привлечь мужа къ уголовной отвѣтственности за введеніе Консисторіи въ заблужденіе завѣдомо-невѣрными свѣдѣніями вслѣдствіе отказа прокурорской власти возбудить преслѣдованіе не удалась и если сама она оставила безъ обжалованія рѣшеніе духовнаго суда, — въ этомъ нѣтъ никакой вины съ ея стороны, потому что прокурорскій надзоръ дѣйствуетъ самостоятельно въ качествѣ власти обвинительной, а приносить или не приносить жалобу на судебное рѣшеніе есть право, но не обязанность тяжущагося. Однако въ преступныхъ дѣйствіяхъ отвѣтчика, приведшихъ къ лишенію г-жи Л. всѣхъ выгодъ и правъ, соединенныхъ съ положеніемъ законной жены, во всякомъ случаѣ заложенъ источникъ матеріальнаго ущерба для истицы, ибо она лишилась права совмѣстной жизни съ нимъ и содержанія отъ него.

Такой ущербъ и обязанъ отвѣтчикъ возмѣстить своей бывшей женѣ, такъ какъ разводъ состоялся только вслѣдствіе его недобросовѣстныхъ настояній и лживыхъ увѣреній, а такой разводъ не можетъ снять съ него отвѣтственность, хотя рѣшеніе духовнаго суда по формальнымъ основаніямъ и сохраняетъ свою силу.

Остановившись, наконецъ, на томъ возраженіи отвѣтной стороны, что по распискѣ мужа г-жа Л., не имѣетъ во всякомъ случаѣ права требовать впередъ, а лишь за истекшее время, Окружный судъ высказалъ, что искъ ея покоится «на непра-

Digitized by Google

вильныхъ въ бракоразводномъ дѣлѣ во вредъ ея матеріальнымъ интересамъ дѣйствіяхъ отвѣтчика-мужа и въ цѣпь предварительныхъ дѣйствій г-на Л. въ этомъ направленіи вошла и его подписка 1904 г. Въ ней обязательство выдавать истицѣ на содержаніе формулировано точно, но размѣръ выдачъ установленъ имъ единогласно, безъ участія или согласія жены. Согласно 103 ст. Зак. гражд. подписка эта не могла быть основаніемъ иска (она и не приложена къ исковому прошенію), но въ качествѣ субъективнаго противъ отвѣтчика доказательства она имѣетъ значеніе».

Рѣшеніе суда было отвѣтчикомъ обжаловано въ Судебную палату, которая, «раздѣляя доводы и рѣшеніе Суда, признаетъ необходимымъ добавить, что, лишивъ истицу правъ жены грубымъ обманомъ Консисторіи и принудительно удаливъ жену съ явною цѣлью лишить ее возможности слѣдить за ходомъ дѣла, благодаря чему она пропустила давностные сроки какъ на подачу жалобы на рѣшеніе Консисторіи, такъ и на уголовное преслѣдованіе мужа, отвѣтчикъ совершилъ преступленіе и по отношенію къ Консисторіи, и по отношенію къ истицѣ, и, преступно лишивъ ее правъ жены, тѣмъ самымъ причинилъ ей вредъ, почему обязанъ отвѣчать передъ нею и на основаніи 644 и 645 ст. X т. I ч.».

Вотъ два исковыхъ дѣла, приблизительно подобныхъ, но закончившихся почти діаметрально противоположными рѣшеніями. Нѣтъ надобности задаваться вопросомъ, какое изъ рѣшеній справедливѣе. Гораздо важнѣе въ практическомъ отношеніи уяснить себѣ, какой исходъ подобныхъ исковъ правомѣрнѣе.

Общеизвѣстно, что въ гражданскомъ процессѣ судья бываетъ стѣсненъ выявить всю правду жизни то изъ-за неудачной постановки иска тяжущимися, то по формальной невозможности выбиться изъ-за брони устарѣлаго закона. Съ общественной и государственной точки зрѣнія существенное значеніе долженъ имѣть не фактъ «выигрыша» (какое неподходящее въ судебной сферѣ, хотя и узаконенное, къ сожалѣнію, выраженіе) иска г-жою Л., который можетъ вѣдь быть случайнымъ, а именно вопросъ, какой ходъ и конецъ даннаго иска законосообразенъ. Интересно доказать, имѣла ли право г-жа В. (подобно г-жѣ Л.) домогаться отъ своего бывшаго мужа денежныхъ выдачъ пожизненно и могъ ли судъ удовлетворить ее, если бы адвокатъ не поспѣшилъ капитулировать передъ рѣшеніемъ духовнаго суда о разводѣ.

Digitized by Google

Беру на себя смѣлость представить соображенія въ пользу утвердительнаго рѣшенія поставленныхъ вопросовъ.

По общему смыслу гражданскихъ законовъ о союзѣ брачномъ расторженіе брачнаго сожитія, освобожденіе супруговъ отъ правъ и обязанностей, сопряженныхъ съ состояніемъ въ бракѣ, допустимо только въ строго ограниченныхъ случаяхъ, обусловленныхъ либо природными недостатками, либо виною одного изъ супруговъ. Виною почитается и тайное удаленіе одного изъ супруговъ въ безвѣстное мѣсто на много лѣтъ.

Ни того, ни другого условія къ расторженію брака по дѣлу Л. нѣтъ. Есть только явный обманъ и завѣдомо ложное утвержденіе г-на Л. передъ Духовною консисторіей относительно безвѣстной свыше 5 лѣтъ отлучки его жены невѣдомо куда. Окружный судъ не возбудилъ самъ вопроса, должна ли была Консисторія отложить постановленіе бракоразводнаго рѣшенія до установленія гражданскимъ судомъ въ порядкѣ 1451 ст. У.гр.суд. факта безвѣстной отлучки г-жи Л. или достаточно было одной публикаціи въ «Церковныхъ Вѣдомостяхъ», которыя среди мирянъ имѣютъ столь малое распространеніе. Стороны этотъ вопросъ тоже не затронули. Но когда исковой, т.-е. строго состязательнаго характера, процессъ превращается благодаря безучастности или отсутствію одной изъ сторонъ въ процессъ какъ бы охранительный, каждый судъ, на мой взглядъ, тѣмъ самымъ обязывается особенно тщательно провѣрять и контролировать заявленія дѣйствующей стороны. Пусть въ правилахъ духовнаго бракоразводнаго процесса отсутствуетъ указаніе на необходимость установить безвѣстное отсутствіе супруга предварительно черезъ гражданскій судъ, но не имѣется, вѣдь, и запрещенія обратиться къ этому способу (ст. 230—236 уст. дух. конс.). И если этотъ способъ почитается неизбѣжнымъ въ дѣлахъ наслѣдственныхъ и другихъ, почему не примѣнять его въ дѣлахъ бракоразводныхъ? Какъ ни несовершененъ онъ, все-таки онъ лучше нежели публикація въ «Церковныхъ Вѣдомостяхъ». И во всякомъ случаѣ онъ даетъ менѣе простора къ фокусамъ и изворотамъ, хотя бы однимъ удлиненіемъ сроковъ и двукратнымъ разсмотрѣніемъ вопроса въ судѣ. Когда въ рѣшеніи Духовнаго суда нѣтъ ссылки на предварительное установленіе гражданскимъ судомъ безвѣстнаго отсутствія одного изъ супруговъ, едва ли обязательно для гражданскаго суда по алиментарному иску считать доказаннымъ это обстоятельство, а съ тѣмъ вмѣстѣ и *вину* супруга, и отвергать просьбу о провѣркѣ и устраненіи сего обстоятельства.

Digitized by Google

Правда, для разведеннаго по этой причинѣ супруга есть право обжалованія такого заочнаго рѣшенія въ опредѣленный срокъ со дня освѣдомленія о немъ. Но въ дѣлахъ о разводахъ по безвѣстному отсутствію этотъ срокъ довольно кратокъ; съ другой стороны вѣдь г-нъ Л. въ данномъ случаѣ стремился не просто закрѣпить формальнымъ способомъ (рѣшеніемъ духовнаго суда) тѣ права, которыя уже онъ пріобрѣлъ какъ основанія развода, а подготовлялъ все искусственно и фальшиво; зачѣмъ же обременять ни въ чемъ неповинную жену обязанностью собирать доказательства, нести расходы и т. д. для отраженія завѣдомоложныхъ утвержденій мужа о томъ, чего не было? Да и какъ же закрывать глаза на то, что между наступленіемъ срока обжалованія и постановленіемъ рѣшенія могутъ послѣдовать такія событія, какъ новый бракъ другого супруга, рожденіе дѣтей и т. п., которыя не могутъ не отбить охоты добиваться отмѣны рѣшенія, не обѣщающей ничего полезнаго для жалобщика, но угрожающей непоправимыми страданіями и лишеніями для другихъ. Нельзя въ виду этого не сочувствовать тому, что по дѣлу г-жи Л. Судъ и Палата не признали отсутствіе обжалованія рѣшенія духовнаго суда о разводѣ моментомъ, разрушающимъ гражданскій искъ.

Одинаково основательнымъ должно признать и мнѣніе обѣихъ судебныхъ инстанцій по вопросу о значеніи прокурорскаго отказа привлечь къ уголовному обвиненію г-на Л. за введеніе Духовной консисторіи въ явное заблужденіе завѣдомо ложными заявленіями и указаніями. Прокурорская власть можетъ имѣть различныя основанія отказаться отъ обвиненія и въ судебномъ засѣданіи и на первоначальной стадіи. Она можетъ не усмотрѣть состава преступленія не найти соотвѣтствующей статьи уголовнаго закона и уклониться отъ примѣненія правилъ аналогіи, она можетъ, наконецъ, сослаться на погашеніе обжалуемаго дѣянія давностью. Между подачей ложной жалобы мужа и временемъ освѣдомленія о ней жены и дѣйствительно можетъ пройти очень много мѣсяцевъ и даже лѣтъ. Прокурорскій отказъ не можетъ быть поставленъ въ вину истицѣ.

Конечно, и прокурорскій отказъ подлежитъ обжалованію прокурору высшей инстанціи и далѣе. Однако, непринесеніе жалобы на прокурорскій отказъ тоже не составляетъ вины истицы, хотя бы она и не раздѣляла мнѣнія прокуратуры. У истицы можетъ не быть достаточно знаній и умѣнія для подачи жалобы на отказъ прокурора. Да и не является безспорнымъ утвержденіе, что если бы г-нъ Л. былъ осужденъ въ данномъ случаѣ

Digitized by Google

по 943 ст. Улож. о наказ. или по иной какой статьѣ уголовнаго закона, то бракоразводное рѣшеніе Духовнаго суда тѣмъ самымъ будетъ опорочено и подлежитъ отмѣнѣ.

А вѣдь, въ томъ и центръ всего вопроса, о которомъ рѣчь: можно ли *разведенной* женѣ, т.-е. при наличности бракоразводнаго рѣшенія, искать съ бывшаго мужа денежныхъ выдачъ на прожитіе?

Каждое вступившее въ законную силу судебное рѣшеніе должно быть обязательно для другого судебнаго установленія. Но это общеизвѣстное и узаконенное положеніе вовсе не распространяется на весь объемъ рѣшенія. Здѣсь излишне приводить примѣры. Въ рѣшеніи Духовнаго суда о разводѣ г-жи Л., конечно, имѣетъ безусловную и неотъемлемую силу именно постановленіе объ уничтоженіи брака гг. Л. Но можно отстаивать то положеніе, что квалифицированная Духовнымъ судомъ вина г-жи Л. можетъ быть признана гражданскимъ судомъ не достаточною для лишенія ея всѣхъ правъ, дарованныхъ законной женѣ по 106 ст. Зак. гр., подобно тому какъ, напр., оправданный уголовнымъ судомъ можетъ быть обвиненъ гражданскимъ рѣшеніемъ и нести отвѣтственность за то именно дѣяніе, которое ему не было инкриминировано въ уголовномъ порядкѣ. Или даже вина можетъ и вовсе быть опровергнута.

Въ искѣ г-жи Л. такъ именно и получилось. Она оказалась поистинѣ безъ вины виноватою.

Въ самомъ дѣлѣ по 107 ст. Зак. гр. «жена обязана повиноваться мужу своему, какъ главѣ семейства». Именно это она и исполнила, удалившись въ Т. область. Но именно это же самое дало возможность г-ну Л. сдѣлать въ консисторію заявленіе о ея безвѣстной отлучкѣ, а консисторію поставило въ печальную необходимость вмѣнить ошибочно въ вину ей.

Нѣтъ сомнѣнія, что бываютъ случаи, когда ложныя свѣдѣнія заявляются просящимъ о разводѣ супругомъ по молчаливому согласію или даже по взаимному согласію съ другимъ супругомъ ради ускоренія процедуры. Но вѣдь г-жа Л. не возбуждала вопроса о разводѣ, не соглашалась на него и не подала повода къ нему. Мужъ обязанъ содержать свою жену и освобождается отъ этой обязанности съ момента расторженія брака ихъ законною властью, но нельзя дозволить ему самому освободить себя отъ этой обязанности путемъ коварнаго поставленія жены въ такія условія и обстановку, которыя дѣлали ее беззащитною, искусственно выковывали для мужа почву, благопріятную для его злонамѣренныхъ посягательствъ.

Digitized by Google

Закрывать глаза на все это, допустить, чтобы наличность бракоразводнаго рѣшенія, формально не поколебленнаго по роковому для жены стеченію обстоятельствъ, дѣлала невозможнымъ удовлетвореніе алиментарнаго иска жены, значило бы принести истинныя задачи правосудія въ жертву даже не формальнымъ требованіямъ закона, а пустой формалистикѣ,—значило бы придавать формальнымъ условіямъ гражданскаго процесса значеніе не юридическихъ вѣхъ, а формалистическихъ «ловушекъ».

Въ дѣлѣ г-жи Л. судъ побѣдоносно преодолѣлъ и формальныя препятствія, встрѣтившіяся на пути правосудія. Въ судебномъ рѣшеніи сдѣлана ссылка на 666 ст. Зак. гражд. Это кажется единственная въ I ч. X т. Св. зак. статья, нормирующая взаимоотношенія разведенныхъ супруговъ. Она не подходитъ къ дѣлу г-жи Л. по своей буквальной конструкціи. Но цѣль этого закона—возложить на человѣка, обманно или насильственно повѣнчавшагося съ женщиною, обязанность обезпечить ея существованіе послѣ признанія брака недѣйствительнымъ—не оставляетъ сомнѣнія, что въ такомъ же положеніи должна находиться и жена, разведенная безъ вины и повода съ ея стороны. А въ такомъ случаѣ г-жа Л. должна была получить защиту по 666 ст.

Искъ г-жи Б., на мой взглядъ, тоже могъ бы быть доведенъ до такого же конца.

Въ самомъ дѣлѣ г-нъ Б. предъявилъ въ Евангелическо-лютеранской Консисторіи требованіе о разводѣ, ссылаясь на «сумасшествіе» и на «ругательства или чувствительныя оскорбленія» со стороны супруги (369 ст. Уст. иностр. испов.) и въ цѣляхъ доказать основательность своего требованія грубо-насильственно заключилъ жену въ психіатрическую лечебницу, гдѣ она пробыла весьма долго и откуда освободилась совершенно случайно, вопреки намѣреніямъ и надеждамъ мужа. Особое присутствіе Губернскаго Правленія признало ее психически нормальною, и, слѣдовательно, одно изъ основаній развода устранилось. Очевидно, и другое не было надежно, потому что въ рѣшеніи Консисторіи сдѣлана ссылка уже только на 382 ст. Уст. иностр. испов.; которая гласитъ: «Если одна изъ сторонъ умышленно клеветами или инымъ образомъ покушалась лишить другую сторону чести, свободы, должности или ремесла, то сей послѣдней предоставляется просить о разводѣ»... Но какимъ же образомъ случилось, что мужъ, считавшій жену умопомѣшанною и запрятавшій ее насильственно въ психіатрическую больницу, сталъ придавать вдругъ значеніе выходкамъ этой ненормальной женщины противъ него, эксцессамъ языка?

Digitized by Google

Въ видѣ догадки можно сослаться на 379 ст. Уст. иностр. испов.: «Бракъ расторгается... если другая сторона лишилась ума... Въ семъ случаѣ сторона, требующая развода, обязана предварительно обезпечить содержаніе другой стороны, если сія послѣдняя не имѣетъ своего достаточнаго имущества». Можетъ быть у г-на Б., первоначально предложившаго женѣ какую-то сумму за разводъ, отпала послѣ ея отказа охота принять на себя обязательство содержать разведенную по 369 ст. жену, и не потому ли онъ поспѣшилъ укрыться подъ 382 ст.?

Но, какъ бы то ни было, хотя бракоразводный процессъ въ Консисторіи велся сначала при участіи адвоката г-жи Б., однако съ момента заключенія ея въ психіатрическую лечебницу адвокатъ не счелъ возможнымъ остаться ея повѣреннымъ, и дѣло было рѣшено фактически безъ участія ея. И когда было нужно ей объявить рѣшеніе Реформатскаго засѣданія, то оно, «за неизвѣстностью нахожденія отвѣтчицы Б. было опубликовано въ «Сенатскихъ объявленіяхъ» и согласно 661 и 667 стт. I ч. XI т. Св. Зак. вступило въ законную силу», какъ удостовѣрила Консисторія.

Итакъ, по бракоразводному дѣлу г-жи Б. само собою обращаетъ вниманіе, что рѣшеніе Духовнаго суда состоялось въ 1907 году, когда г-жа Б. находилась въ лечебницѣ, о чемъ не могъ не знать г-нъ Б., ее туда помѣстившій, и тѣмъ не менѣе рѣшеніе было опубликовано за неизвѣстностью адреса г-жи Б. Въ то же время съ 1905 по 1911 годъ велось исковое дѣло г-жи Б. къ г-ну Б. въ томъ же городѣ, гдѣ находится Консисторія, въ дѣлѣ адресъ истицы находился, но и о немъ г-нъ Б. не сообщилъ въ Консисторію. Далѣе бракоразводное рѣшеніе состоялось въ 1907 году, когда консиліумъ психіатровъ призналъ г-жу Б. психически больной (нормальною ее признало Губернское Правленіе лишь въ 1910 г.), и однако-же разводъ обоснованъ не § 6 ст. 369, а 382 ст. Уст. иностр. исп.

Конечно, въ бракоразводномъ дѣлѣ г-жи Б. въ вину поставлено не безвѣстное отсутствіе, а «клевета на мужа», и въ этомъ отношеніи по первому взгляду для примѣненія 666 ст. Зак. гражд. затрудненій больше, чѣмъ по иску г-жи Л. Однако, если привести на память всѣ злоключенія г-жи Б. и всѣ дѣйствія г-на Б. по отношенію къ ней, а равно и тѣ условія, въ которыхъ протекалъ бракоразводный ихъ процессъ, то нельзя не притти къ выводу, что и г-жа Б. въ дѣйствительности тоже безъ вины виноватая и тоже могла бы взывать къ защитѣ по 666 ст. Зак. гражд.

Въ судебномъ рѣшеніи по ея иску къ г-ну Б. не смотря на отказъ адвоката отъ содержанія со дня развода, между прочимъ

Digitized by Google

сказано: Правда, по дѣлу установлены со стороны истицы такіе эксцессы рѣчи, что можно согласиться съ отвѣтчикомъ о необходимости изолировать дѣтей отъ общенія съ нею, если среди дѣтей еще имѣются несовершеннолѣтнія. Но, «по мнѣнію суда, поведеніе истицы не освобождало отвѣтчика отъ обязанности содержать ее. Никакой вины истицы въ отношеніи отвѣтчика въ томъ смыслѣ, какъ понимаетъ законъ, допущено не было. Создалась тяжелая семейная обстановка, причину которой слѣдуетъ объяснить если не душевною болѣзнью жены (ибо въ Губернскомъ Правленіи она признана психически здоровой), то въ ея явно повышенной нервности, граничащей съ болѣзненнымъ состояніемъ. Это, повидимому, признавалъ и самъ отвѣтчикъ, ибо иначе непонятно насильственное помѣщеніе ея имъ въ психіатрическую лечебницу. Въ основаніи отношеній истицы къ отвѣтчику лежало чувство любви къ нему, и не ея вина, что благодаря неуравновѣшенности ея натуры это чувство приняло тяжелыя для окружающихъ формы».

В. С. Малченко.

Digitized by Google

Къ вопросу о правѣ національностей.

Verhandlungen des Zweiten Deutschen Soziologentages vom 20—22 Oktober in Berlin). Reden und Vorträge. Tübingen. Mohr (Siebeck). 1913. S. 192. M. 4—40.

Національный вопросъ только въ сравнительно недавнее время выдвинулся какъ самостоятельный объектъ изслѣдованія въ наукѣ права, какъ правовая проблема. Его выдвинулъ и бросилъ въ самую гущу политической мысли тотъ могучій процессъ пробужденія неисторическихъ націй, который совершенно преобразовываетъ внутренній строй у всѣхъ народовъ европейской культурной семьи. Значеніе научнаго изслѣдованія національнаго вопроса, какъ проблемы права, ясно сознавалъ Г. Еллинекъ, когда въ «Allgemeine Staatslehre» онъ писалъ: «всестороннее выясненіе значенія націи для государства составляетъ одну изъ существенныхъ задачъ ученія объ обществѣ, результаты котораго въ этой области должны, въ частности, послужить основою важныхъ политическихъ положеній».

Однако, то состояніе, въ какомъ находится въ настоящее время теоретическая мысль въ области національнаго вопроса, далеко не соотвѣтствуетъ этому пожеланію Еллинека. Въ этой области ученія объ обществѣ, быть можетъ, больше, чѣмъ въ какой-либо другой, чувствуется недостатокъ общепризнанныхъ положеній, твердо установленныхъ научныхъ истинъ. Все еще идетъ споръ о сущности націи, возникаютъ сомнѣнія въ возможности правового регулированія національныхъ отношеній.

Правда, послѣ замѣчательнаго изслѣдованія Р. Шпрингера, Der Kampf der österreichischen Nationen um den Staat, 1902, попытавшагося систематически приложить юридическій методъ къ разрѣшенію національнаго вопроса, уже проложенъ путь къ ясной постановкѣ національной проблемы, какъ проблемы права, однако цѣлый рядъ новыхъ вопросовъ еще ожидаетъ своего разрѣшенія. Таковъ, напр. споръ о формахъ правовыхъ гарантій націй

Digitized by Google

въ предѣлахъ государства, вопросъ о національныхъ меньшинствахъ и т. п.

На эту назрѣвшую потребность времени въ научномъ освѣщеніи національнаго вопроса живо откликнулся второй съѣздъ нѣмецкихъ соціологовъ, происходившій въ Берлинѣ съ 20 по 22 октября н. ст. 1912 года. Въ центрѣ своихъ занятій съѣздъ поставилъ вопросъ о національности.

Въ вышедшихъ недавно трудахъ съѣзда подъ заглавіемъ «Verhandlungen des Zweiten Deutschen Soziologentages» мы находимъ цѣлый рядъ докладовъ, съ разныхъ точекъ зрѣнія освѣтившихъ этотъ вопросъ. О соціологическомъ значеніи націи прочиталъ рефератъ извѣстный лейпцигскій профессоръ Пауль Бартъ. Проф. Фердинандъ Шмидъ затронулъ вопросъ о правѣ національностей. Вѣнскій историкъ проф. Людо М. Гартманнъ читалъ о націи, какъ политическомъ факторѣ. Пр.-доц. Ф. Оппенгеймеръ обстоятельный докладъ посвятилъ расовой теоріи въ философіи исторіи. Туринскій соціологъ Робертъ Михельсъ въ обширномъ докладѣ прослѣдилъ генезисъ идеи объ отечествѣ.

Въ нашу задачу не входитъ изложеніе содержанія и разборъ всѣхъ этихъ докладовъ, изъ которыхъ каждый требовалъ бы самостоятельнаго разсмотрѣнія. Мы остановимся только на докладахъ проф. Ф. Шмида и Людо Гартманна, какъ имѣющихъ непосредственное отношеніе къ поставленной выше проблемѣ взаимоотношенія націи и государства.

Исходнымъ пунктомъ для доклада проф. Фердинанда Шмида служило то положеніе, что разрѣшеніе національнаго вопроса возможно только на почвѣ права. Необходимы двѣ существенныя предпосылки для того, чтобы понятіе національности стало правовымъ понятіемъ: прежде всего, субъекты, принадлежащіе къ культурной общности, должны сознавать эту принадлежность, какъ извѣстное благо, и затѣмъ нація, какъ цѣлое, должна выдвинуться на степень такой политической силы, чтобы имѣть возможность оказывать соотвѣтственное вліяніе на законодательство и управленіе въ цѣляхъ ихъ приспособленія къ своимъ національнымъ интересамъ.

Право національностей относится къ области права публичнаго, ибо оно хочетъ регулировать не отношенія индивидуумовъ другъ къ другу, а отношенія послѣднихъ къ государству.

Современная юриспруденція помѣщаетъ право національностей въ сферу правъ, относящихся къ государственному устройству, гдѣ оно стоитъ въ болѣе или менѣе тѣсной связи съ основными правами. Разсматривая послѣдовательно различныя сферы государственной

Digitized by Google

и общественной жизни, мы видимъ, какъ вліяніе національности не ограничивается одной областью народнаго образованія, а оказываетъ свое дѣйствіе на различныя жизненныя отношенія.

Послѣдовательный обзоръ тѣхъ общественныхъ отношеній, въ которыхъ національный вопросъ получаетъ то или иное юридическое выраженіе, приводитъ къ мысли, что правр національностей можетъ быть конструировано только въ правовой системѣ, такъ называемаго общаго соціальнаго управленія (allgemeine gesellschaftliche Verwaltung).

Господствующее въ наукѣ права воззрѣніе не знаетъ послѣдняго понятія. Хотя право національностей развѣтвляется по различнымъ отраслямъ общественной жизни, однако всѣ эти правовыя нормы требуютъ сведенія въ одну систему; наиболѣе подходящимъ наименованіемъ для нея является выраженіе «право общаго соціальнаго управленія».

Подъ этимъ именемъ нужно понимать совокупность тѣхъ правовыхъ нормъ и учрежденій, которыя своею цѣлью ставятъ урегулированіе отношеній между сосуществующими въ государствѣ многочисленными соціальными группами и коллективами.

Объемъ и содержаніе входящихъ въ эту систему правовыхъ нормъ, въ конечномъ счетѣ, опредѣляется тѣмъ значеніемъ, какое имѣетъ національность въ государствѣ, побуждая его къ охранѣ и защитѣ своихъ національныхъ интересовъ, какъ правовыхъ благъ.

Въ дальнѣйшемъ возникаетъ вопросъ, какимъ образомъ право можетъ зафиксировать національную принадлежность, чтобы сдѣлать ее пригодной, такъ сказать, для правовой жизни. Какъ извѣстно, значительное число юристовъ выдвигаетъ въ качествѣ рѣшающаго признака языкъ. Однако, въ виду неопредѣленности этого признака, его нельзя признать существеннымъ при конструированіи правового понятія націи. Выдвигается, поэтому, иной способъ — свободное волеизъявленіе индивида, заносимое въ національныя метрики. Однако и этотъ въ принципѣ правильный способъ при своемъ осуществленіи встрѣчаетъ много затрудненій, такъ какъ требуетъ особенной регистраціи населенія. Опытъ Бельгіи и Голландіи достаточно показалъ эти трудности.

Во всякомъ случаѣ въ національно-смѣшанныхъ государствахъ принципъ равноправія національныхъ группъ становится составной частью государственнаго строя и управленія. Теорія и практика поэтому съ давнихъ поръ ищутъ пути для успѣшнаго разрѣшенія національнаго вопроса; считаютъ, что этотъ путь можетъ быть найденъ въ лозунгѣ національной автономіи. Нѣкоторые защитники этой идеи идутъ еще дальше и связываютъ принципъ націо-

Digitized by Google

нальной автономіи съ полной реорганизаціей государства въ форму «Bundesstaat» или «Staatenbund». Нѣтъ недостатка въ попыткахъ практической разработки принципа національной автономіи. Одна изъ этихъ попытокъ, вызвавшая большой интересъ, это — теоретическая конструкція Рудольфа Шпрингера (К. Реннера), изложенная въ уже упомянутой книгѣ «Der Kampf der österreichischen Nationen um den Staat». Нельзя отказать его построенію, какъ говоритъ Ф. Шмидъ, въ послѣдовательности и продуманности до конца. Р. Шпрингеръ предлагаетъ, во избѣжаніе треній и борьбы за власть разнообразныхъ національностей въ многоплеменномъ государствѣ, конструировать націи, какъ публично-правовыя корпораціи, какъ субъектовъ правъ и обязанностей, построивъ отношенія членовъ націи на чисто-персональномъ, а не территоріальномъ началѣ. Все же осуществленіе персональнаго принципа, по мнѣнію проф. Шмида, поведетъ къ цѣлому ряду затрудненій, при разграниченіи, напр., національныхъ и государственныхъ интересовъ, интересовъ національно смѣшанныхъ общинъ и т. п.

Такова въ основныхъ своихъ чертахъ схема права національностей, представленная проф. Ф. Шмидомъ. Авторъ ея не ставилъ себѣ задачей занять самостоятельную и оригинальную позицію въ столь сложномъ вопросѣ, какъ вопросъ о взаимоотношеніи права и націи, тѣмъ не менѣе нужно признать его заслугу въ постановкѣ этого вопроса и тѣхъ постулатовъ и стремленій, какія стоятъ въ данномъ случаѣ передъ научнымъ изслѣдователемъ, будетъ ли это соціологъ или юристъ.

Второй докладчикъ, проф. Людо Гартманнъ, опредѣляя политику, какъ искусство претворять общественныя тенденціи въ правовыя формы, ставитъ себѣ задачу прослѣдить, въ какой формѣ и при какихъ условіяхъ національныя отношенія могутъ вылиться въ форму правовой организаціи. Въ опредѣленіи понятія націи Л. Гартманнъ примыкаетъ къ опредѣленію, данному извѣстнымъ австрійскимъ теоретикомъ національнаго вопроса О. Бауэромъ[1]). Нація есть совокупность людей, связанныхъ въ общность характера на почвѣ общности судьбы и при посредствѣ общаго языка, образующая культурную общность. Національная проблема сдѣлалась проблемой современной демократіи, ибо процессъ индустріализаціи и демократизаціи постепенно вовлекаетъ въ національную культурную общность исключенные изъ нея слои народа.

Констатируя, что въ современной государственной жизни даже у неисторическихъ націй замѣчается стремленіе къ самостоятель-

[1]) Die Nationalitätenfrage und die Sozialdemokratie (Marx-Studien II. 1907), руск. пер. изд. «Серпъ» 1909.

Digitized by Google

нымъ политическимъ образованіямъ, Гартманнъ на первый планъ выдвигаетъ вопросъ о равноправіи языковъ и объ ассимиляціи. Въ національной политикѣ рѣшающее значеніе имѣетъ вопросъ о національныхъ меньшинствахъ, и имъ опредѣляется все направленіе этой политики. Цитируя дальше изслѣдованія Раухберга, и Морфа, Гартманнъ пытается доказать, что повсемѣстно совершается естественный процессъ поглощенія національныхъ меньшинствъ болѣе сильными въ культурномъ отношеніи націями, и соотвѣтственно этому задача національной политики сводится къ тому, чтобы, соблюдая эти естественныя границы, подмѣчать ассимиляціонный процессъ и способствовать его развитію умѣлой соціальной политикой. «Энергичная соціальная политика, — какъ говоритъ Л. Гартманнъ, — не только увеличиваетъ число членовъ націи, но также повышаетъ ея ассимиляціонную способность». Къ сожалѣнію, докладчикъ ограничился только вышеприведенными общими положеніями, не давъ описанія самой юридической формы, при посредствѣ которой онъ считаетъ возможнымъ правовое урегулированіе національнаго вопроса.

Оба вкратцѣ разсмотрѣнныхъ нами доклада, несмотря на неизбѣжное въ такого рода работахъ неполное освѣщеніе вопроса, все же представляютъ интересъ въ томъ отношеніи, что они побуждаютъ къ критической провѣркѣ и пересмотру традиціонныхъ воззрѣній на природу взаимоотношенія между націей и государствомъ.

И. Лебединскій.

Digitized by Google

Отзывъ Московскаго Столичнаго Мирового Съѣзда о министерскомъ законопроектѣ о мѣрахъ борьбы съ хулиганствомъ *).

Выполняя предложеніе Министерства Юстиціи войти въ обсужденіе проекта «объ усиленіи отвѣтственности за нѣкоторыя преступныя дѣянія и о производствѣ уголовныхъ дѣлъ въ порядкѣ неотложности», Московскій Столичный Мировой Съѣздъ ограничилъ свою задачу разсмотрѣніемъ проектируемыхъ статей Устава о Наказаніяхъ и Устава Уголовнаго Судопроизводства.

I.

Останавливаясь прежде всего на понятіи хулиганства, Мировой Съѣздъ не можетъ согласиться съ тѣмъ опредѣленіемъ «хулиганскаго оттѣнка преступности», которое дается въ проектируемой ст. 14^3 Уст. о Нак. **).

Изъ числа признаковъ, которыми въ ст. 14^3 Уст. о Нак., по проекту, характеризуются «хулиганскіе» проступки, признаки

---

*) Редакція «Юридическаго Вѣстника» охотно воспользовалась возможностью напечатать въ полномъ объемѣ отзывъ Московскаго Мирового Съѣзда о законопроектѣ, уже вызвавшемъ живой откликъ со стороны общественнаго мнѣнія. Это мнѣніе, отнесшееся къ законопроекту о хулиганствѣ въ его основныхъ положеніяхъ съ рѣшительнымъ осужденіемъ, встрѣчаетъ въ отзывѣ Московскаго Мирового Съѣзда авторитетную поддержку.

**) «Если обстоятельства, сопровождающія совершеніе проступка, свидѣтельствуютъ объ особой злобности или распущенности виновнаго, либо о явномъ несоотвѣтствіи побужденій виновнаго съ предпринятыми преступными дѣйствіями, либо о намѣреніи виновнаго грубо надругаться надъ личностью потерпѣвшаго, то въ тѣхъ случаяхъ, когда подлежащими статьями сего устава опредѣлены за учиненіе проступка: 1) тюрьма — таковая назначается на срокъ отъ шести мѣсяцевъ до одного года и шести мѣсяцевъ; 2) арестъ, либо арестъ или денежное взысканіе — таковые замѣняются заключеніемъ въ тюрьмѣ на время отъ одного до шести мѣсяцевъ; 3) денежное взысканіе — таковое замѣняется арестомъ отъ двухъ недѣль до трехъ мѣсяцевъ».

Digitized by Google

«особой злобности» и «особой распущенности» страдаютъ недостаткомъ крайней неопредѣленности: проступокъ, свидѣтельствующій о злобности и распущенности обвиняемаго, можетъ быть, по проекту, хулиганскимъ или нехулиганскимъ въ зависимости отъ того, можно ли его виновника признать *особо* злобнымъ или *особо* распущеннымъ; центръ тяжести опредѣленія, такимъ образомъ, полагается на эпитетъ («особый»), не имѣющій самостоятельнаго значенія, а лишь сопоставляющій признакъ, къ которому онъ прилагается, съ нѣкоторою признаваемою за количественную норму, хотя и неизвѣстною, величиною (въ данномъ случаѣ: злобности, распущенности). Не болѣе представляется удовлетворительнымъ и признакъ «явнаго несоотвѣтствія побужденій виновнаго съ предпринятыми преступными дѣйствіями», ибо такое несоотвѣтствіе признанными авторитетами, какъ судебной психопатологіи, такъ и науки уголовнаго права считается, по общему правилу, выдающимся признакомъ душевнаго состоянія, исключающаго вмѣняемость. Такъ, профессоръ Таганцевъ, опираясь на рядъ изслѣдованій о душевныхъ болѣзняхъ (см. литературныя указанія въ его «Русскомъ Уголовномъ Правѣ», С.-Пб. 1902 г., стран. 444, прим.) усматриваетъ «общую характеристику душевныхъ заболѣваній» именно въ несоотвѣтствіи поступковъ больного ихъ поводамъ, ибо «этимъ поводамъ, возникшимъ тѣмъ или другимъ внутреннимъ путемъ и влекущимъ за собою дѣйствія, сознаніе больного не можетъ противопоставить никакихъ нравственныхъ, эстетическихъ и правовыхъ противоположныхъ (задерживающихъ) поводовъ». Другою причиной несоотвѣтствія побужденій преступному дѣйствію бываетъ нерѣдко крайнее невѣжество виновнаго и проистекающая отсюда, несоотвѣтствующая господствующимъ понятіямъ, слишкомъ низкая оцѣнка блага, на которое учиняется посягательство, согласно же 4 п. 134 ст. Улож. о Нак., «крайнее невѣжество» признается за обстоятельство, уменьшающее, а не увеличивающее вину и наказаніе. Что касается послѣдняго, предусмотрѣннаго въ ст. 14[3], признака: «намѣреніе виновнаго грубо надругаться надъ личностью потерпѣвшаго», то онъ не вызываетъ возраженій въ качествѣ обстоятельства, факультативно увеличивающаго вину и наказаніе, ибо признаніе за нимъ такого значенія вполнѣ соотвѣтствуетъ росту уваженія къ достоинству человѣка, какъ такового; тѣмъ не менѣе и въ отношеніи этого признака Мировой Съѣздъ полагаетъ, что возведеніе его на степень обстоятельства, наличность котораго требуетъ обязательнаго увеличенія наказанія и притомъ съ измѣненіемъ рода его, едва ли было бы

Digitized by Google

желательно по слѣдующимъ соображеніямъ: 1) признавъ, что выраженіе «грубое надругательство» представляетъ собою плеоназмъ, ибо надругательство не можетъ не быть грубымъ, легко замѣтить, что признакъ этотъ составляетъ существенную принадлежность всякаго оскорбленія; признакъ же, который входитъ въ составъ хотя бы одного только преступленія, очевидно, не можетъ быть въ то же время обстоятельствомъ, всегда увеличивающимъ вину и наказаніе при *всякомъ* преступленіи; при противоположномъ заключеніи судьи были бы лишены возможности по дѣламъ объ оскорбленіяхъ примѣнять нормальныя, предусмотрѣнныя въ законѣ, наказанія, что́, очевидно, не можетъ входить въ намѣренія законодателя; 2) нельзя, по мнѣнію Мирового Съѣзда, ставить обязательное увеличеніе наказанія въ зависимость отъ обстоятельствъ въ высшей степени субъективнаго характера; правда, бываютъ случаи, въ которыхъ намѣреніе надругаться проявляется въ очень опредѣленныхъ объективныхъ признакахъ, но гораздо чаще о намѣреніи виновнаго надругаться надъ потерпѣвшимъ судья судитъ по своему непосредственному впечатлѣнію, причемъ его сужденіе естественно зависитъ отъ степени его наблюдательности и знанія бытовыхъ отношеній; при этомъ должно принять во вниманіе и то, что наличность и степень надругательства находятся въ зависимости отъ того, какъ самимъ потерпѣвшимъ воспринимается посягательство на него виновнаго.

Не удовлетворяясь, такимъ образомъ, тѣмъ опредѣленіемъ «хулиганскаго оттѣнка преступности», которое содержится въ проектируемой ст. 14^3 Уст. о Нак., Мировой Съѣздъ не находитъ возможнымъ, съ своей стороны, рекомендовать иное, замѣняющее данное въ ст. 14^3, опредѣленіе. Мировой Съѣздъ полагаетъ, что вошедшее въ общее употребленіе слово «хулиганство» обнимаетъ собою столь разнородныя понятія и представленія, что задача дать опредѣленіе побужденій «хулиганскаго характера», удовлетворяющее требованію юридической точности, должна быть признана невыполнимою. Какъ широкъ кругъ явленій, къ которымъ прилагается слово «хулиганство» и притомъ не случайно, а съ особымъ намѣреніемъ найти соотвѣтствующее ему значеніе, видно хотя бы изъ тѣхъ отвѣтовъ, которые были даны мировыми судьями города Москвы на предложеніе Предсѣдателя Мирового Съѣзда сообщить примѣры наблюдаемаго ими хулиганства; въ качествѣ примѣровъ были названы: приставаніе на улицѣ къ женщинамъ, стрѣляніе на улицѣ изъ револьвера-«пугача», непомѣрно быстрая ѣзда на автомобилѣ и т. п.; нѣко-

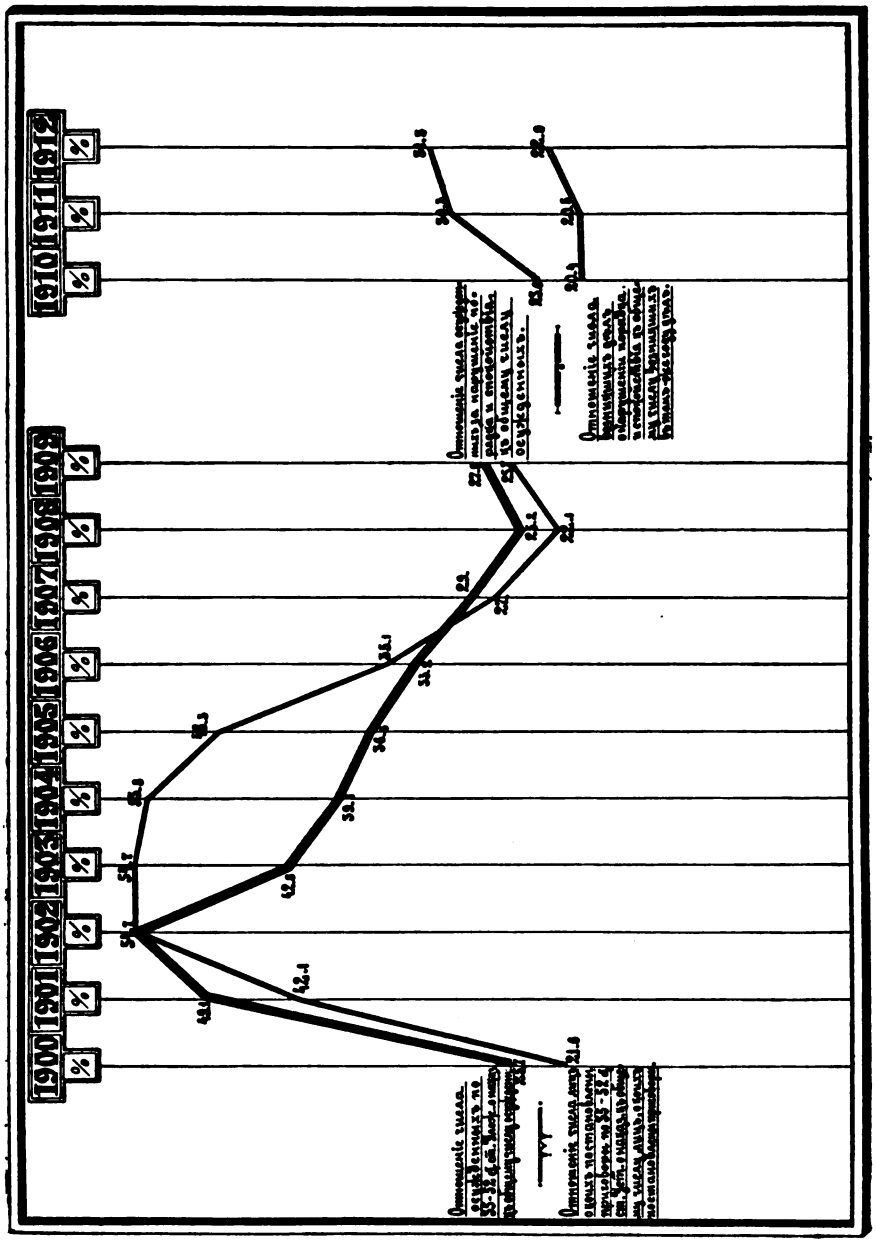
Digitized by Google

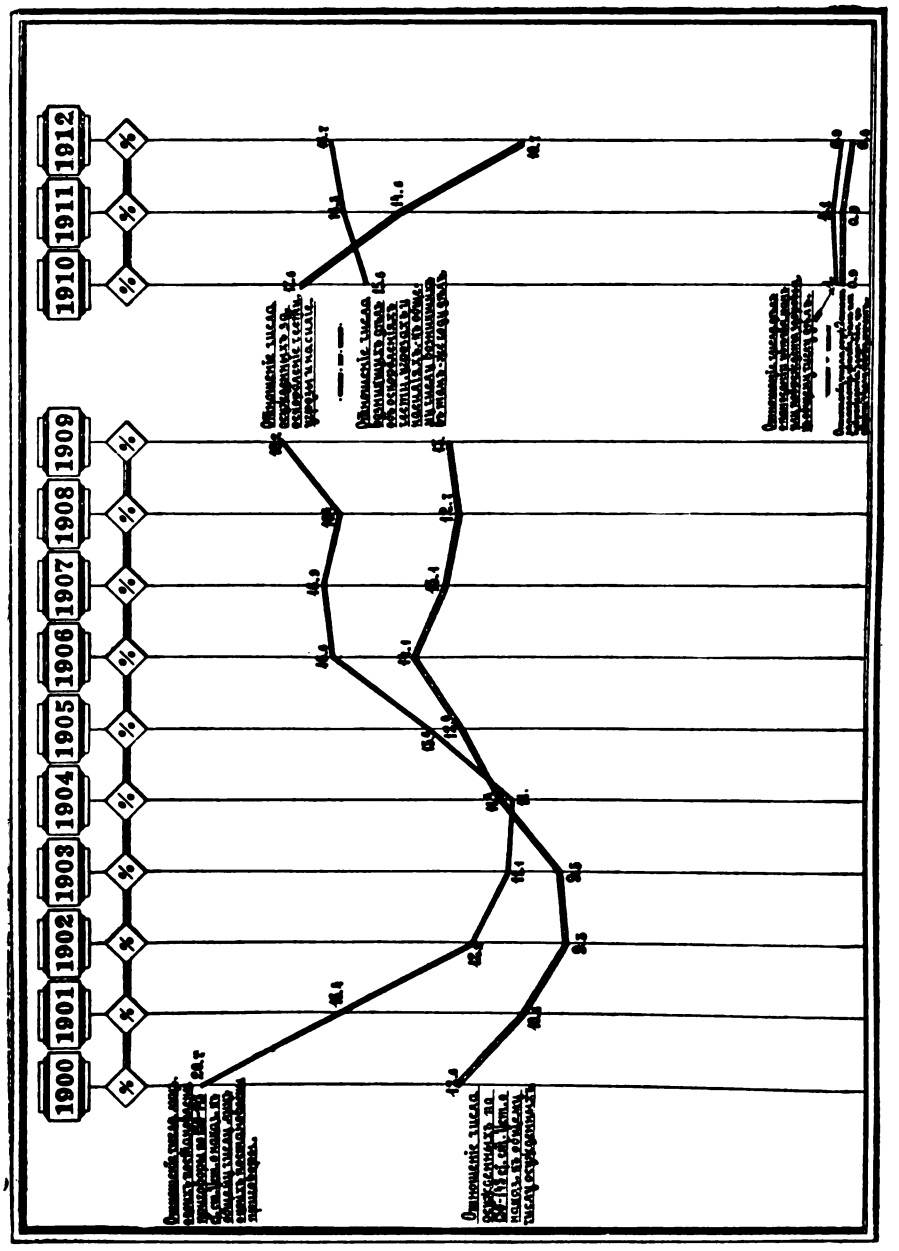
торые же судьи, несмотря на обиліе въ ихъ производствѣ уголовныхъ дѣлъ, категорически удостовѣрили, что проступковъ съ хулиганскимъ характеромъ ими вовсе не наблюдается. Очевидно, что, какъ приведенные примѣры, такъ и отрицательный отвѣтъ судей, не нашедшихъ въ своей практикѣ примѣровъ хулиганства, одинаково свидѣтельствуютъ объ отсутствіи сколько-нибудь твердо установившагося понятія хулиганства.

Задача дать опредѣленіе хулиганства, которое въ предложеніи Министерства Юстиціи отождествляется съ озорствомъ, затрудняется предустановленною въ законопроектѣ цѣлью увеличенія наказанія за проступки съ хулиганскимъ или озорническимъ характеромъ, ибо то, что болѣе или менѣе обычно называется озорствомъ, вовсе не всегда свидѣтельствуетъ о такой порочности виновнаго, при которой замѣну ареста тюрьмою, такъ часто прививающей порочныя наклонности еще неиспорченнымъ лицамъ, можно было бы считать желательною или даже, какъ это проектируется въ ст. 14[3], обязательнсю.

Обращаясь далѣе къ вопросу о степени распространенности проступковъ, характеризующихся хотя бы и мало опредѣленнымъ признакомъ хулиганства, должно констатировать, что по согласному отзыву мировыхъ судей г. Москвы, за исключеніемъ одного, въ Москвѣ не наблюдается роста хулиганства. Этотъ отзывъ находитъ себѣ подтвержденіе и въ цифровыхъ данныхъ. Если нельзя дать юридическаго опредѣленія хулиганства, если соотвѣтственно этому нельзя опредѣлить въ юридическихъ терминахъ «хулиганскаго оттѣнка преступности», то, съ другой стороны, нельзя отрицать того, что хулиганство, какъ бытовое явленіе, выливается преимущественно въ формы проступковъ, свѣдѣнія о которыхъ въ статистическихъ вѣдомостяхъ помѣщались до 1910 года подъ рубриками: «по 35—52 ст. Уст. о Нак.», «по 130—143 ст. Уст. о Нак.», а съ 1910 года подъ рубриками: «нарушеніе порядка и спокойствія», «оскорбленіе чести», «угрозы и насиліе», «нанесеніе увѣчья, ранъ или поврежденія здоровья». Конечно, подъ эти рубрики подходятъ и проступки, безспорно не имѣющіе хулиганскаго характера; тѣмъ не менѣе ростъ хулиганства, непропорціональный росту населенія и нормальному увеличенію числа всѣхъ преступленій, не могъ бы не отразиться значительнымъ увеличеніемъ цифръ, опредѣляющихъ процентное отношеніе проступковъ, подходящихъ подъ указанныя рубрики, ко всѣмъ остальнымъ преступленіямъ. Въ дѣйствительности языкъ цифръ говоритъ слѣдующее.

Digitized by Google


1900
1901
1902
1903
1904
1905
1906
1907
1908
1909
1910
1911
1912


1900
1901
1902
1903
1904
1905
1906
1907
1908
1909
1910
1911
1912

Изъ приведенныхъ таблицъ видно, что по отношенію къ Москвѣ, по крайней мѣрѣ, едва ли можетъ быть рѣчь о ростѣ хулиганства. Тѣмъ болѣе было бы ошибочно говорить о хулиганствѣ, какъ о новомъ явленіи. Хулиганство есть новое слово, но не новое общественное явленіе; оно существовало всегда подъ именемъ озорства, дебоширства, самодурства, уличнаго безобразія и т. п. Это положеніе имѣетъ практическое значеніе постольку, поскольку имъ тотчасъ же возбуждается вопросъ, почему хулиганство стало въ настоящее время предметомъ особаго общественнаго вниманія, и оправдываетъ ли это вниманіе, свидѣтельствующее о существованіи потребности въ мѣрахъ борьбы съ хулиганствомъ, усиленіе репрессіи?

Поскольку рѣчь идетъ о хулиганствѣ въ городѣ, которое одно можетъ быть предметомъ наблюденія столичныхъ мировыхъ судей, то, по мнѣнію Мирового Съѣзда, широко распространенное недовольство частыми проявленіями хулиганства, обусловливается не увеличеніемъ числа проступковъ, совершаемыхъ по побужденіямъ, которыя въ предложеніи Министерства Юстиціи называются хулиганскими, а повышеніемъ общаго культурнаго уровня: то, что прежде вызывало досаду у немногихъ, то теперь возмущаетъ большинство; не только мастеровой, безчинствующій въ угарѣ похмѣлья, но и прежній представитель разгульнаго купечества или предводитель позволяющій себѣ уличные шалости «золотой молодежи» стали въ глазахъ современнаго общества дикарями, хулиганами. Но если хулиганство возмущаетъ именно, какъ проявленіе дикости, некультурности, то тѣмъ самымъ подсказывается отвѣтъ на вопросъ о мѣрахъ борьбы съ хулиганствомъ: главнѣйшими среди нихъ должны быть мѣры культурно-просвѣтительнаго характера, направленныя на распространеніе образованія и содѣйствіе нравственному воспитанію дѣтей и молодежи.

Если, такимъ образомъ, по мнѣнію Мирового Съѣзда, мѣры борьбы съ хулиганствомъ должны быть преимущественно направлены на нравственное оздоровленіе той среды, въ которой хулиганство не встрѣчаетъ достаточно суроваго осужденія, то, напротивъ, Мировой Съѣздъ не можетъ не указать на тѣ отрицательныя послѣдствія, которыми сопровождается борьба съ хулиганствомъ путемъ административныхъ взысканій. Не выходя за предѣлы своей компетенціи, Мировой Съѣздъ считаетъ нужнымъ отмѣтить тѣ затрудненія, съ которыми сталкиваются Мировые Судьи при дѣйствіи административныхъ постановленій о хулиганствѣ, санкціонируемыхъ административными взысканіями за нарушеніе ихъ. Подвергая виновнаго наказанію по Уставу о Наказаніяхъ, мировой судья не можетъ быть увѣренъ, что то же лицо не будетъ

Digitized by Google

наказано и въ административномъ порядкѣ и, наоборотъ, возможны и бываютъ иногда случаи, когда судебному преслѣдованію подвергается лицо, уже понесшее наказаніе въ административномъ порядкѣ. Небезразличными представляются и то неравенство передъ закономъ, которое устанавливается, когда изъ числа виновниковъ однородныхъ проступковъ — одни подвергаются преслѣдованію въ порядкѣ административномъ, а другіе — въ порядкѣ судебномъ, и тотъ ущербъ для правосознанія, который проистекаетъ отъ того, что виновникъ проступка заранѣе не знаетъ, кто его будетъ судить, и каковъ высшій размѣръ наказанія, которому онъ можетъ быть подвергнутъ.

Что касается уголовной репрессіи, какъ мѣры борьбы съ хулиганствомъ, то, конечно, изъ предыдущаго не слѣдуетъ, что эта мѣра должна быть оставлена безъ вниманія: уголовный кодексъ долженъ служить отраженіемъ общественной оцѣнки ограждаемыхъ имъ интересовъ и совершаемыхъ на нихъ посягательствъ; болѣе строгой, чѣмъ прежде, общественной оцѣнкѣ такихъ поступковъ, которые возмущаютъ своею дикостью, безсмысленностью, должно соотвѣтствовать предоставленіе судьѣ *возможности* болѣе строгаго наказанія ихъ виновниковъ. Съ этой точки зрѣнія Съѣздъ ничего не имѣетъ возразить противъ проектируемаго повышенія максимальнаго предѣла наказаній по нѣкоторымъ статьямъ Уст. о Наказ., ибо такое повышеніе открываетъ мировымъ судьямъ возможность въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ выбрать, въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ, мѣру заслуженную виновникомъ проступка, особо возмутительнаго по господствующимъ понятіямъ. Съ своей стороны Мировой Съѣздъ, на основаніи опыта всѣхъ мировыхъ судей гор. Москвы, могъ бы рекомендовать увеличеніе наказанія *(безъ измѣненія его рода)* по 38 ст., особенно часто нарушаемой лицами, которыхъ болѣе или менѣе принято называть хулиганами. Стоя на той же точкѣ зрѣнія желательности рѣшительнаго отпора всякимъ проявленіямъ несдерживаемой воспитаніемъ распущенности, нѣкоторые изъ мировыхъ судей возбудили вопросъ, не слѣдуетъ ли, въ замѣнъ проектируемой ст. 14^3 Уст. о Наказ., дополнить существующую ст. 14 новымъ 4-мъ пунктомъ, аналогичнымъ 7-му пункту ст. 129 Улож. о Наказ., согласно коему «вина учинившаго какое-либо преступленіе, а съ тѣмъ вмѣстѣ и мѣра слѣдующаго за сіе наказаніе увеличивается, чѣмъ болѣе было жестокости, гнусности или безнравственности въ дѣйствіяхъ, коими сіе преступленіе было предуготовлено, приведено въ исполненіе или сопровождалось». Вопросъ былъ разрѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ

Digitized by Google

не потому, чтобы самая мысль объ увеличеніи наказанія въ указанныхъ случаяхъ въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ, представлялась неправильною, но единственно потому, что расширеніе перечня условій, увеличивающихъ вину и наказаніе, противорѣчило бы тенденціи нашего законодательства, клонящейся къ освобожденію судьи отъ казуистическихъ предуказаній закона, стѣсняющихъ его въ выборѣ мѣры наказанія. Тенденція эта наглядно проявляется при сопоставленіи Уложенія о Наказаніяхъ, Устава о Наказаніяхъ и Уголовнаго Уложенія. Въ то время, какъ ст. 129 Улож. о Наказ. преслѣдуетъ цѣль дать исчерпывающій перечень обстоятельствъ, увеличивающихъ вину и наказаніе, ст. 14 Уст. о Наказ. называетъ лишь тѣ условія, которыя преимущественно увеличиваютъ вину подсудимаго, причемъ, какъ видно изъ «объяснительной записки къ проекту устава о взысканіяхъ за проступки, подвѣдомые мировымъ судьямъ», проектируя ст. 14 Уст. о Наказ., авторы ея сами сознавали, что исчислить всѣ обстоятельства, какъ уменьшающія, такъ и увеличивающія вину «рѣшительно невозможно, а неполное перечисленіе ихъ повело бы лишь къ тому, что Судья будетъ руководствоваться одною буквою закона и указанными въ немъ внѣшними признаками, не вникая далѣе въ сущность дѣла», и что «для избѣжанія этихъ неудобствъ лучше бы совсѣмъ не исчислять такихъ обстоятельствъ, предоставивъ оцѣнку ихъ въ каждомъ данномъ случаѣ усмотрѣнію самого судьи (стран. 31—32). Несмотря на эти соображенія, ст. 14 была введена лишь въ виду предполагавшагося недостатка юридическаго образованія у мировыхъ судей. Съ своей стороны составители Уголовнаго Уложенія усвоили «то воззрѣніе, что всякій заранѣе установленный въ законѣ перечень обстоятельствъ, уменьшающихъ или увеличивающихъ отвѣтственность, будетъ страдать и формальностью и неполнотою: одно и то же условіе, подходящее подъ одну и ту же законную категорію, можетъ, тѣмъ не менѣе, представляться въ дѣйствительности крайне различнымъ, смотря по другимъ примыкающимъ къ нему обстоятельствамъ». Поэтому, какъ говорится далѣе въ объяснительной запискѣ къ Уголовному Уложенію, только оцѣнка всѣхъ обстоятельствъ дѣла въ ихъ совокупности, всѣхъ условій, иногда даже неуловимыхъ въ отдѣльности, можетъ привести къ окончательному выводу о томъ: должно ли быть примѣнено къ виновному нормальное наказаніе, установленное въ законѣ за данный видъ преступленія, или отвѣтственность за него должна быть уменьшена; законъ не стѣсняетъ судъ ни перечнемъ такихъ обстоятельствъ, ни опредѣленіемъ ихъ силы въ каждомъ отдѣльномъ

Digitized by Google

случаѣ; вопросы о томъ, какія именно обстоятельства и въ какой мѣрѣ слѣдуетъ признать увеличивающими или смягчающими нормальное наказаніе, по мысли проекта, могутъ быть правильно разрѣшены лишь при разсмотрѣніи каждаго дѣла въ его конкретной обстановкѣ, сравнительно съ тѣмъ матеріаломъ, который дается опытомъ судебной практики». Эти соображенія были рѣшающими и для Мирового Съѣзда и притомъ не только въ отношеніи къ вопросу о расширеніи перечня условій, названныхъ въ ст. 14 Уст. о Наказ., но и притомъ тѣмъ болѣе въ отношеніи къ предположенію Министерства Юстиціи дать перечень условій, какъ уже выше сказано, чисто субъективнаго характера, увеличивающихъ наказаніе не факультативно, а обязательно и притомъ не въ предѣлахъ закона, а за предѣлы, установленные для каждаго отдѣльнаго преступленія закономъ.

Естественно, что, отвергая цѣлесообразность проектируемой ст. 14^3, Мировой Съѣздъ не можетъ согласиться и съ правиломъ, выраженнымъ въ ст. 20^2*), которая въ проектѣ слѣдуетъ непосредственно за ст. 14^3 и неразрывно съ нею связана. Кромѣ того, по поводу ст. 20^2 должно замѣтить, что статья эта самый порядокъ возбужденія (частный или публичный) извѣстной категоріи уголовныхъ дѣлъ ставитъ въ зависимость отъ наличности или отсутствія тѣхъ трудно уловимыхъ признаковъ, которые указаны въ ст. 14^3, а такъ какъ возбужденіе уголовныхъ дѣлъ, за исключеніемъ случая, предусмотрѣннаго въ 3 п. 42 ст., принадлежитъ внѣсудебнымъ органамъ, то и самое рѣшеніе, открывающаго просторъ для усмотрѣнія, вопроса объ отнесеніи преступленія къ категоріи «хулиганскихъ» съ цѣлью опредѣленія порядка его преслѣдованія ввѣряется органамъ, не имѣющимъ авторитета суда.

Все вышеизложенное можетъ быть сведено къ слѣдующимъ положеніямъ: 1) хулиганство, существуя какъ бытовое явленіе, не обладаетъ достаточно опредѣленными признаками, которые оправдывали бы юридическое опредѣленіе хулиганскаго характера преступленій; 2) въ Москвѣ, городѣ представляющемъ, какъ по составу своего населенія, такъ и по условіямъ жизни его отдѣльныхъ группъ, не мало благопріятныхъ факторовъ для развитія хулиганства, роста послѣдняго не наблюдается; 3) этимъ, однако, не исключается настоятельность постановки вопроса о мѣрахъ борьбы съ хулиганствомъ въ виду измѣнившагося общаго отношенія къ проступкамъ, свидѣтельствующимъ о пренебреженіи со стороны ихъ виновниковъ тѣми требованіями

*) «Постановленія статей 18^1 и 20 не примѣняются въ случаѣ учиненія проступковъ при обстоятельствахъ, въ статьѣ 14^3 означенныхъ».

Digitized by Google

извѣстнаго minimum'а спокойствія и порядка, которыя соотвѣтствуютъ современному культурному уровню; 4) въ числѣ мѣръ борьбы съ хулиганствомъ первое мѣсто должно принадлежать мѣрамъ культурно-просвѣтительнаго характера; 5) напротивъ борьба съ хулиганствомъ путемъ административныхъ взысканій не можетъ не сопровождаться указанными выше отрицательными послѣдствіями; 6) что касается уголовной репрессіи, то, не отрицая ея значенія, какъ мѣры борьбы съ хулиганствомъ, слѣдуетъ признать достаточнымъ право судьи въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ, выбирать строжайшую мѣру наказанія; 7) напротивъ, нежелательно то обязательное измѣненіе рода наказанія, которое проектируется въ ст. 14^3 при наличности перечисленныхъ въ ней условій.

II.

Переходя къ разсмотрѣнію слѣдующихъ, содержащихся въ проектѣ Министерства Юстиціи, постановленій, Мировой Съѣздъ полагаетъ, что постановленія эти могутъ быть обсуждаемы независимо отъ общей задачи законопроекта и могутъ оказаться вполнѣ цѣлесообразными, хотя бы нашимъ законодательствомъ и не было воспринято понятіе хулиганства, какъ «оттѣнка преступленія».

Такъ, въ самомъ дѣлѣ, **ст. 25^{1}***), за исключеніемъ изъ нея словъ: «на основаніи статьи 14^3 сего устава», представляется соотвѣтствующей, какъ давно сознанной потребности обезпеченія такихъ условій, при которыхъ бы потерпѣвшій отъ преступленія получалъ бы дѣйствительное удовлетвореніе причиненнаго ему преступленіемъ ущерба, такъ и тому значенію, которое имѣетъ пріученіе къ труду въ качествѣ мѣры исправленія арестанта и обезпеченія ему возможности получить заработокъ по выходѣ на свободу. Можно только сомнѣваться въ практической осуществимости задачъ, поставленныхъ ст. 25^1 проекта, при крайне неудовлетворительной у насъ постановкѣ работъ въ мѣстахъ заключенія.

Ст. 50^1 **) находится въ видимомъ противорѣчіи съ провозглашеннымъ Судебными Уставами началомъ равенства передъ зако-

*) «Въ случаѣ, если съ имущества осужденнаго на основаніи статьи 14^3 сего устава къ аресту или заключенію въ тюрьмѣ не можетъ быть полностью взыскано присужденное съ него вознагражденіе за вредъ или убытки, на покрытіе такового обращается опредѣленная въ уставѣ о содержащихся подъ стражею часть вознагражденія, получаемаго осужденнымъ за работы во время отбытія заключенія».

**) «Виновный въ уклоненіи отъ пріисканія себѣ работы, если онъ не имѣетъ опредѣленныхъ средствъ къ жизни и осѣдлости, за сіе праздношатаніе подвергается заключенію въ тюрьмѣ на время отъ двухъ недѣль до шести мѣсяцевъ».

Digitized by Google

номъ, ибо въ самый «составъ» наказуемаго ею состоянія вводитъ признакъ имущественной необезпеченности; наказанію, по самому тексту ст. 50[1], подвергаются только лица, имущественно необезпеченныя; кромѣ того, статья эта воспроизводитъ чрезвычайно спорное положеніе о наказуемости, вмѣсто преступнаго дѣйствія или бездѣйствія, преступнаго состоянія: праздношатающійся карается не за какое-либо доказанное нарушеніе нормы уголовнаго права, а за то, что онъ можетъ нарушить, или, быть-можетъ, нарушилъ какой-либо уголовный законъ (помимо закона о праздношатаніи); ст. 50[1], далѣе, перелагаетъ тяжесть доказательства на обвиняемаго: такъ какъ нельзя требовать отъ обвинителя доказательствъ, что обвиняемый не пріискиваетъ себѣ занятій, ибо факты отрицательные, по общему правилу, не доказуемы, то остается предоставить обвиняемому доказывать, если онъ хочетъ быть оправданнымъ, что онъ дѣлалъ тщетные попытки получить работу. Останавливаясь затѣмъ на случай, если бы изложенныя соображенія не были признаны убѣдительными, на редакціи ст. 50[1] должно указать, что она игнорируютъ способность къ труду, какъ условіе наказуемости, и что она для примѣненія наказанія считаетъ достаточнымъ непріисканіе обвиняемымъ въ данное время работы, тогда какъ и бельгійскій законъ 27 ноября 1891 года и ст. 270 французскаго Code Pénal карають лишь тѣхъ, «qui n'exercent habituellement ni métier ni profession», т.-е. людей, которые обычно не имѣютъ ни ремесла, ни профессіи для которыхъ праздношатаніе составляетъ постоянный образъ жизни.

Ст. 142[3] *) восполняетъ ощутительный пробѣлъ дѣйствующаго уголовнаго законодательства, но вызываетъ возраженіе съ точки зрѣнія устанавливаемаго ею minimum'а наказанія. Она воспроизводитъ санкцію, установленную въ 142 статьѣ, предусматривающей самоуправство; между тѣмъ въ практикѣ мировыхъ судей нерѣдко встрѣчаются случаи самоуправства, въ которыхъ четыре дня ареста — наименьшая возможная, по 142 ст., мѣра наказанія — представляется уже незаслуженно тяжелой карой. Несомнѣнно, что составляющее, какъ и самоуправство, видъ «самовольныхъ» дѣйствій, вторженіе въ чужое жилище также возможно и бываетъ при такихъ условіяхъ, при которыхъ денежное взысканіе съ замѣной на случай несостоя-

*) «За самовольное вторженіе въ чужія жилища или иныя помѣщенія или огражденныя мѣста, а равно за неоставленіе таковыхъ, несмотря на законное о томъ требованіе, виновный подвергается аресту не свыше трехъ мѣсяцевъ».

Digitized by Google

тельности арестомъ было бы уже достаточнымъ наказаніемъ,— тѣмъ болѣе, что ст. 142³ предусматриваетъ лишь случай вторженія въ чужое жилище безъ насилія и безъ угрозъ. Должно замѣтить, что § 123 германскаго уголовнаго уложенія, по образцу котораго конструирована ст. 142³ проекта, допускаетъ наказаніе за вторженіе въ чужое жилище (Hausfriedensbruch) денежнымъ взысканіемъ до 300 марокъ. Равнымъ образомъ представляется желательнымъ, чтобы и въ ст. 142³, на ряду съ арестомъ, было предусмотрѣно денежное взысканіе до 300 рублей.

Еще болѣе серьезныя возраженія, съ точки зрѣнія своей санкціи, вызываетъ **ст. 142⁴** *). Подвыпившій мастеровой желаетъ объясниться со своею близкою знакомою; послѣдняя его не пускаетъ; «не пустишь, побью», кричитъ мастеровой; дверь открывается, мастеровой изливаетъ свою обиду и уходитъ. Другой примѣръ: кредиторъ, ежедневно посѣщающій своего неаккуратнаго должника, неизмѣнно получаетъ отвѣтъ: «барина дома нѣтъ»; однажды получивъ тотъ же стереотипный отвѣтъ, кредиторъ замѣчаетъ, что за спиной прислуги находится ея хозяинъ; энергичнымъ движеніемъ руки отстранивъ пытающуюся захлопнуть передъ нимъ дверь прислугу, онъ входитъ, чтобы объясниться, наконецъ, со своимъ должникомъ. Въ обоихъ приведенныхъ случаяхъ по законопроекту minimum наказанія — мѣсяцъ тюремнаго заключенія. Не ясно ли, что наказаніе это находится внѣ всякаго соотвѣтствія съ важностью проступка, и что достаточнымъ наказаніемъ для данныхъ случаевъ было бы денежное взысканіе съ замѣной при несостоятельности арестомъ? Кромѣ того, повидимому, лишь по редакціонному недосмотру ст. 142⁴, предусматривая вторженіе въ чужое жилище, въ числѣ другихъ средствъ вторженія называетъ угрозы, неограничивая содержанія угрозъ. Между тѣмъ такое ограниченіе, хотя бы только посредствомъ опредѣленія «наказуемыя» (какъ это сдѣлано въ ст. 512 Уг. Улож.), необходимо, какъ потому, что иначе статьей 142⁴-ою устанавливается квалификація для случаевъ вторженія въ чужое жилище, которое по обстоятельствамъ дѣла можетъ оказаться даже менѣе тяжкимъ, чѣмъ вторженіе неквалифицированное, такъ и въ цѣляхъ установленія соотвѣтствія со статьею 139 Уст. о Наказ.

---

*) «Если означенное въ первой части предшедшей (142³) статьи вторженіе учинено ночью или посредствомъ насилія либо угрозъ, или лицомъ вооруженнымъ либо двумя или нѣсколькими лицами, или посредствомъ поврежденія, истребленія либо устраненія преградъ, препятствующихъ доступу въ чужія жилища или иныя помѣщенія или огражденныя мѣста, то виновные подвергаются заключенію въ тюрьмѣ отъ одного до шести мѣсяцевъ».

Digitized by Google

Едва ли удачной представляется также редакція **ст. 139** *). Расширяя содержаніе наказуемой угрозы, ст. 139 предусматриваетъ угрозу взрывомъ или потопленіемъ имущества. Непонятно, почему, напримѣръ, угроза потопить чью-либо шляпу или трость должна быть наказуемой, тогда какъ угроза разбить цѣнную вещь ненаказуема. Намѣреніе авторовъ законопроекта, очевидно, заключалось въ томъ, чтобы установить наказаніе за угрозу уничтожить чужое имущество такими средствами, которыя, подобно поджогу, могутъ сопровождаться разрушительными послѣдствіями для имущественныхъ или личныхъ благъ неопредѣленнаго множества лицъ; средства эти въ объяснительной запискѣ къ Уголовному Уложенію называются общеопасными; поэтому, казалось бы, что мысль законодателя могла бы точнѣе и полнѣе быть выражена словами: «за угрозу..... уничтожить или повредить ихъ имущество поджогомъ его или иными общеопасными средствами». Принимая во вниманіе, что, сливая статьи 139 и 140 Уст. о Наказ. въ одну, расширяя содержаніе наказуемой угрозы и ставя наказуемость угрозы въ зависимость отъ условія: «если такая угроза могла вызвать у угрожаемаго опасеніе ея осуществимости», составители законопроекта, очевидно, имѣли въ виду согласовать постановленіе Уст. о Наказ. объ угрозахъ со ст. 510 Уг. Улож., Мировой Съѣздъ не усматриваетъ основаній, почему бы изъ ст. 510 Уг. Улож. не могла бы быть заимствована и установленная ею санкція (т.-е. на ряду съ арестомъ также денежное взысканіе не свыше 300 руб.)— тѣмъ болѣе, что эта санкція уже предусматриваетъ наказаніе значительно болѣе строгое, чѣмъ тѣ, которыя установлены нынѣ дѣйствующими стт. 139 и 140 Уст. о Наказ.

То же замѣчаніе должно быть отнесено и къ слѣдующей **ст. 141** **) Уст. о Наказ.: она назначаетъ наказаніе тюрьмою на время отъ двухъ до шести мѣсяцевъ, тогда какъ соотвѣтствующая ей 2 ч. 510 ст. Уг. Улож. удовлетворяется арестомъ; если препятствіе къ установленію того же самаго наказанія встрѣчается въ томъ обстоятельствѣ, что максимальный срокъ ареста по уголовному уложенію (6 мѣс.) вдвое больше, чѣма по Уст. о Наказ. (3 мѣс.),

*) «За угрозу лишить жизни или свободы угрожаемое лицо или члены его семьи, или причинить насильственныя имъ дѣйствія, или произвести поджогъ, взрывъ или потопленіе ихъ имущества, если такая угроза могла вызвать у угрожаемаго опасеніе ея осуществимости, виновные, не имѣвшіе при томъ корыстной или иной преступной цѣли (ст. 28), подвергаются аресту не свыше трехъ мѣсяцевъ».

**) «За означенную въ ст. 139 угрозу, когда она сдѣлана на письмѣ матери, законному отцу или иному восходящему родственнику, виновные, не имѣвшіе при этомъ корыстной или другой преступной цѣли (ст. 28), подвергаются заключенію въ тюрьмѣ на время отъ двухъ до шести мѣсяцевъ».

Digitized by Google

то во всякомъ случаѣ было бы желательно допустить возможность наказанія, по ст. 141 Уст. о Наказ., на ряду съ тюрьмою также арестомъ безъ ограниченія низшаго предѣла обоихъ наказаній. Мировой Съѣздъ и въ этомъ случаѣ исходитъ изъ опасенія, что при отсутствіи у насъ института условнаго осужденія *(о чемъ нельзя не сожалѣть)*, тюрьмѣ, т.-е. наказанію одновременно и тяжко опорачивающему и часто прививающему или закрѣпляющему порочныя наклонности, будутъ подвергаться лица, еще не испорченныя и только случайно впавшія въ преступленіе.

Измѣненіе **стт. 145 и 152***) въ смыслѣ повышенія предусмотрѣнныхъ въ нихъ наказаній со стороны Съѣзда не вызываетъ возраженій, но, по мнѣнію Мироваго Съѣзда, было бы желательно изложить опредѣлительную часть ст. 152 соотвѣтственно ст. 547 Уг. Улож., дополнивъ слово «поврежденіе» прилагательнымъ «умышленное» и исключивъ слово «движимаго» и дѣлающіяся послѣ этого излишними слова «чужихъ канавъ, изгородей или». За этими измѣненіями постановленіе ст. 152 должно бы быть выражено слѣдующимъ образомъ: «за умышленное поврежденіе чужого имущества виновные подвергаются». Выигрывая при такой обобщенной редакціи въ точности, ст. 152 немногимъ, по существу, отличалась бы отъ постановленія, содержащагося въ ней при настоящей редакціи, такъ какъ и теперь ст. 152, согласно рѣш. Уг. Касс. Деп. 1876 г. № 43, караетъ лишь умышленное поврежденіе имущества и не устанавливаетъ различія въ наказуемости движимаго и недвижимаго имущества, такъ какъ на ряду съ поврежденіемъ движимаго имущества предусматриваетъ поврежденіе чужихъ канавъ, т.-е. недвижимаго имущества. Вмѣстѣ съ тѣмъ при обобщеніи постановленія о поврежденіи имущества и при повышеніи наказанія за него должны сдѣлаться излишними стт. 153, и 158 п. 2. Для устраненія же сомнѣній въ томъ, что случаи поврежденія имущества, учиненнаго при особо увеличивающихъ вину обстоятельствахъ, предусмотрѣнныхъ Уложеніемъ о Наказаніяхъ, остаются подсудными общимъ судебнымъ учрежденіямъ, въ перечень статей, названныхъ въ ст. 28 Уст. о Нак., должна бы быть включена и ст. 152.

*) Ст. 145. «За самовольное на чужихъ земляхъ, но не въ видѣ кражи, срываніе плодовъ или овощей, за собираніе ягодъ или грибовъ, за поврежденіе деревьевъ въ садахъ или срываніе садовыхъ цвѣтовъ, за вырѣзаніе дерна, а равно за добываніе песку, глины и т. п. виновные подвергаются аресту на время не свыше одного мѣсяца или денежному взысканію не свыше ста рублей».

Ст. 152. «За поврежденіе чужихъ канавъ, изгороди или чужого движимаго имущества виновные подвергаются: аресту на время не свыше одного мѣсяца или денежному взысканію не свыше ста рублей. Примѣчаніе къ сей (152) статьѣ (по продолженію) остается въ силѣ.

Digitized by Google

III.

Обращаясь къ той части законопроекта, которая посвящена производству уголовныхъ дѣлъ въ порядкѣ неотложности, Мировой Съѣздъ находитъ содержащіяся въ ней постановленія вполнѣ цѣлесообразными. Мировой Съѣздъ не раздѣляетъ того соображенія, по которому законопроектъ «о разбирательствѣ въ порядкѣ неотложности» былъ отвергнутъ законодательными учрежденіями, и которое въ докладѣ комиссіи Государственнаго Совѣта изложено слѣдующимъ образомъ: «Существенная особенность означеннаго порядка заключается въ постановленіи приговора судьею безъ особаго допроса свидѣтелей, кромѣ явившихся, безъ предварительнаго вызова. Такимъ образомъ, существо приговора зависѣло бы отъ достоинства произведеннаго на мѣстѣ преступленія первоначальнаго дознанія. Особая комиссія не могла не принять въ соображеніе, что при наличности существующей нынѣ организаціи полиціи ожидать отъ нея всесторонняго освѣщенія, вполнѣ безпристрастнаго и полнаго, дѣлъ мелкой подсудности, не представляется вѣроятнымъ. Поэтому, возможно всегда опасаться, что мировой судья, получившій одностороннее заявленіе потерпѣвшаго и дознаніе полиціи, не будетъ имѣть возможности постановить вполнѣ правосудный приговоръ въ порядкѣ неотложности» (стран. 31). Едва ли, однако, это опасеніе имѣетъ достаточное основаніе, такъ какъ проектируемый порядокъ вовсе не возлагаетъ на мирового судью обязанности постановить приговоръ безъ вызова свидѣтелей на основаніи дознанія полиціи, а напротивъ, обязываетъ судью отложить дѣло и направить его въ общемъ порядкѣ, если дѣло окажется недостаточно разъясненнымъ допросомъ потерпѣвшаго и явившихся свидѣтелей (ст. 180[20]); съ другой стороны, обвиняемый и правосудіе несомнѣнно выигрываютъ отъ передачи дѣла на судебное разсмотрѣніе въ кратчайшій срокъ (не позже сутокъ) послѣ обнаруженія преступленія: обвиняемый — отъ того, что сокращается срокъ содержанія подъ стражей, правосудіе — отъ того, что слѣды преступленія не успѣютъ изгладиться. Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ той скорости, съ которою дѣло при проектируемомъ порядкѣ передается на судебное разсмотрѣніе, нельзя видѣть какого-либо ухудшенія процессуальнаго положенія обвиняемаго по сравненію съ тѣмъ, какое ему обезпечивается нынѣ дѣйствующимъ закономъ, такъ какъ, по разъясненію Уг. Касс. Деп., и въ дѣйствующемъ законодательствѣ нѣтъ препятствій къ разбору дѣла и по-

Digitized by Google

становленію приговора безъ предварительнаго вызова обвиняемаго, немедленно вслѣдъ за обнаруженіемъ и приводомъ его (рѣш. Уг. Касс. Деп. 1867/50). Тѣ возраженія, которыя были сдѣланы противъ порядка неотложности, въ частности, и со стороны Московскаго Столичнаго Мирового Съѣзда, въ связи съ предпринятымъ въ 1894 году Министромъ Юстиціи Н. В. Муравьевымъ общимъ пересмотромъ законоположеній по судебной части, утратили свое значеніе при той редакціи, которую теперь предполагается придать постановленіямъ о разбирательствѣ въ порядкѣ неотложности. Такъ, нельзя говорить о неудобствѣ предоставить полиціи право назначать обвиняемому и свидѣтелямъ время явки въ судъ, такъ какъ право это, намѣчавшееся меньшинствомъ комиссіи 1894 года для пересмотра законоположеній по судебной части въ стт. 1168[3] и 1168[4], вовсе не предполагается въ проектѣ, нынѣ подлежащемъ обсужденію; далѣе, высказанное опасеніе, что порядокъ неотложности, допуская внезапную явку къ судьѣ сторонъ и свидѣтелей, будетъ затруднять судью въ разборѣ другихъ назначенныхъ на тотъ же день дѣлъ и вызывать справедливый ропотъ публики, явившейся по дѣламъ, назначеннымъ ранѣе, — это опасеніе также устраняется проектируемой редакціей постановленій о порядкѣ неотложности, предусматривающихъ направленіе дѣлъ къ особому очередному судьѣ, назначенному для разсмотрѣнія дѣлъ въ порядкѣ неотложности и не занятаго, по крайней мѣрѣ, въ день своей очереди другими дѣлами; къ тому же, въ связи съ вводимой въ дѣйствіе съ 1 января 1914 года ст. 45[1] Учр. Суд. Уст., представляется вполнѣ возможнымъ порученіе разбирательства всѣхъ возникающихъ по судебно-мировому округу дѣлъ, направляемыхъ въ порядкѣ неотложности, одному изъ участковыхъ мировыхъ судей по выбору Мироваго Съѣзда. Наконецъ, утрачиваетъ значеніе и соображеніе о чувствительномъ отягощеніи участи лица, застигнутаго при совершеніи мелкаго полицейскаго нарушенія, и обязаннаго при порядкѣ неотложности не только присутствовать при разбирательствѣ дѣла у судьи, но и слѣдовать въ его камеру въ сопровожденіи полицейской стражи, такъ какъ, по проекту, теперь обсуждаемому, порядокъ неотложности, примѣнимъ лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда и по нынѣ дѣйствующему закону допускается приводъ обвиняемаго (ст. 51 У. У. С.). Въ виду изложеннаго Мировой Съѣздъ въ отношеніи постановленій о разбирательствѣ въ порядкѣ неотложности находитъ возможнымъ ограничиться указаніемъ лишь на слѣдующія желательныя исправленія:

Digitized by Google

1) Ст. 180[15]*) должна бы быть дополнена послѣ поставленныхъ въ скобки словъ: «ст. 51 сего устава», словами: «и если при томъ окажется возможнымъ немедленное удостовѣреніе самоличности задержаннаго». Хотя такое удостовѣреніе циркулярнымъ указомъ Уг. Касс. Деп. отъ 18 апрѣля 1873 года предписывается лишь по дѣламъ о преступленіяхъ и проступкахъ, влекущихъ за собою наказаніе не ниже тюремнаго заключенія, но, согласно установившейся практикѣ, оно требуется по всѣмъ уголовнымъ дѣламъ, такъ какъ въ практикѣ извѣстны нерѣдкіе случаи, когда задержанное лицо называло себя именемъ другого дѣйствительно существующаго лица.

2) Ст. 180[23]**) должна бы быть исключена, такъ какъ сокращеніе срока по дѣламъ, разсматриваемымъ въ порядкѣ неотложности, до трехъ дней представляетъ собою ничѣмъ не оправдываемое ограниченіе правъ обвиняемаго; то обстоятельство, что обвиняемый былъ застигнутъ на мѣстѣ преступленія, не можетъ, конечно, служить основаніемъ къ уменьшенію его процессуальныхъ правъ. Посему, въ отношеніи къ постановленію, содержащемуся въ ст. 180[23], должно присоединиться къ мнѣнію, высказанному комиссіями Государственной Думы (3-го созыва) и Государственнаго Совѣта.

Что касается, затѣмъ, предложенія Министерства Юстиціи высказаться по вопросу «о томъ, не представляется ли желательнымъ и возможнымъ принятіе и иныхъ мѣръ въ видахъ ускоренія производства», то Мировой Съѣздъ считаетъ необходимымъ замѣтить, что наблюдаемая нерѣдко медленность въ производствѣ уголовныхъ дѣлъ у мировыхъ судей, проистекая не изъ какихъ-либо недостатковъ Уст. Уг. Суд., находитъ себѣ объясненіе, во-первыхъ, въ крайней медленности исполненія порученій мировыхъ судей со стороны полиціи и, во-вторыхъ, въ чрезмѣрной обремененности дѣлами многихъ мировыхъ судей. Правительствующій Сенатъ по Соединенному Присутствію Перваго и Кассаціонныхъ Департаментовъ при Указѣ отъ 6 іюня 1886 года указалъ, что среднее количество дѣлъ, какое можетъ быть разобрано въ теченіе года въ каждомъ мировомъ участкѣ, составляетъ 2000 дѣлъ; при составленіи законопроекта о введеніи въ дѣйствіе закона

---

*) «Если полиціею будетъ застигнуто лицо при самомъ совершеніи подвѣдомственнаго мировому судьѣ преступнаго дѣянія или вслѣдъ за совершеніемъ онаго и подвергнуто задержанію (ст. 51 сего Устава), то дѣло подлежитъ разбирательству въ порядкѣ неотложности».

**) «Приговоръ, состоявшійся въ порядкѣ неотложности, можетъ быть обжалованъ въ апелляціонномъ порядкѣ участвующими въ дѣлѣ лицами въ теченіе трехъ сутокъ со дня объявленія приговора».

Digitized by Google

15 іюня 1912 года о преобразованіи мѣстнаго суда въ десяти губерніяхъ за норму посильнаго судейскаго труда было принято для участковъ въ крупныхъ городскихъ центрахъ 2000—2500 дѣлъ, а между тѣмъ въ Москвѣ по даннымъ 1912 года, несмотря на то, что въ этомъ году число участковыхъ мировыхъ судей въ Москвѣ было увеличено на 15, въ среднемъ на каждаго судью приходилось 3995 дѣлъ, въ шести участкахъ число дѣлъ превысило пять тысячъ, а въ двухъ — шесть тысячъ.

Если сокращеніе числа дѣлъ въ производствѣ мировыхъ судей могло бы быть достигнуто лишь увеличеніемъ числа судей, то однимъ изъ средствъ для обезпеченія большей исполнительности со стороны чиновъ полиціи по розыску обвиняемыхъ, собранію доказательствъ, вручению повѣстокъ и т. д. могло бы служить предположенное уже Государственною Думою, но отвергнутое Государственнымъ Совѣтомъ, возстановленіе права мировыхъ судей дѣлать полицейскимъ чинамъ предостереженія въ случаѣ неисполненія ими возложенныхъ на нихъ судьею обязанностей (ст. 53 Уст. Уг. Суд. въ ред. 1864 г.).

IV.

Въ заключеніе, останавливаясь на предположеніи о введеніи тѣлеснаго наказанія за хулиганство, нельзя не видѣть, что возстановленіе этого наказанія шло бы въ разрѣзъ съ требованіями современной уголовной политики, отвергающей наказанія, которыя могутъ убить въ преступникѣ еще не совсѣмъ потухшее сознаніе своего человѣческаго достоинства, противорѣчило бы все большему проникновенію нашего права началами гуманности и тому историческому направленію нашего законодательства, которое нашло себѣ послѣднее выраженіе въ Всемилостивѣйшемъ Манифестѣ нынѣ царствующаго Императора отъ 11 августа 1904 года. Единственный положительный результатъ, котораго можно ожидать отъ примѣненія тѣлесныхъ наказаній, это — устрашеніе наиболѣе распущенныхъ, неприспособленныхъ къ общежитію лицъ (что́ также небезспорно), но этотъ результатъ не искупилъ бы ни того огрубѣнія общественныхъ нравовъ, которымъ должно сопровождаться возстановленіе тѣлеснаго наказанія, теперь, какъ нѣкогда пытка, по словамъ Императора Александра I, стыдъ и зазоръ человѣчеству наносящаго, ни того чувства нравственной боли, которое должны переживать культурные слои населенія при извѣстіяхъ о тѣлесныхъ наказаніяхъ, ни, наконецъ, паденія авторитета мировыхъ судей, совершенно неизбѣжнаго, ибо

Digitized by Google

въ общественномъ мнѣніи тѣлесное наказаніе унижаетъ не только того, къ кому оно примѣняется, но и того, кто въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ распоряжается о его примѣненіи. Нельзя, упускать изъ виду и того, что возстановленіе тѣлеснаго наказанія было бы также и возстановленіемъ неравенства передъ закономъ, ибо невозможно допустить, чтобы эту мѣру предполагалось распространить и на привилегированныя сословія, которыя Жалованною Грамотою, дарованною Императрицею Екатериною II дворянству (ст. 15) и Городовымъ Положеніемъ (ст. 135) были «на вѣчныя времена и непоколебимо» освобождены отъ тѣлеснаго наказанія, а между тѣмъ практика мировыхъ судей города Москвы свидѣтельствуетъ, что и привелигированныя сословія не совершенно свободны отъ лицъ, нарушающихъ общественный порядокъ хулиганскими поступками.

Нельзя сочувственно отнестись и къ предположенію ввести неопредѣленные приговоры. Не касаясь въ высшей степени спорнаго, находящагося въ зависимости отъ различныхъ направленій въ наукѣ уголовнаго права, вопроса о совмѣстимости неопредѣленныхъ приговоровъ съ самымъ понятіемъ наказанія, съ его цѣлями и съ тѣми требованіями, которыя предъявляются къ современному правосудію, должно во всякомъ случаѣ признать, что введеніе неопредѣленныхъ приговоровъ въ нашемъ законодательствѣ предполагаетъ едва ли возможную въ ближайшемъ будущемъ коренную реформу всего тюремнаго дѣла, поднятіе его на тотъ высокій уровень, при которомъ бы тюрьма выполняла не только репрессивныя, но и воспитательныя задачи, а заключенные въ тюрьмѣ пользовались бы полными гарантіями всегда безпристрастнаго къ себѣ отношенія.

Digitized by Google

ОТЪ РЕДАКЦІИ.

Редакція «Юридическаго Вѣстника» рѣшила открыть въ книгахъ редактируемаго ею журнала новый отдѣлъ Матеріаловъ, относящихся къ примѣненіямъ отдѣльныхъ отраслей дѣйствующаго права. Такъ какъ въ существующихъ юридическихъ органахъ получаетъ достаточное отраженіе примѣненіе дѣйствующаго у насъ права въ области гражданской и уголовной юстиціи, то на долю «Юридическаго Вѣстника» естественно выпадаетъ задача регистрировать по преимуществу факты, касающіеся примѣненія нашего административнаго права. Редакція исходитъ при этомъ изъ убѣжденія, что послѣ преобразованія нашего государственнаго строя особенное значеніе пріобрѣтаетъ правильное толкованіе нашихъ законовъ, относящихся къ государственнымъ и административнымъ учрежденіямъ, и въ частности разработка казуистики примѣненія этихъ законовъ. Но при недостаткѣ точныхъ данныхъ, свидѣтельствующихъ о томъ или иномъ толкованіи этихъ законовъ въ отдѣльныхъ случаяхъ ихъ примѣненія, который усиливается еще тѣмъ обстоятельствомъ, что рѣшенія Перваго Департамента Правительствующаго Сената опубликовываются безъ мотивовъ, эта работа крайне затруднена. Оказать посильную помощь въ этомъ дѣлѣ, въ которомъ одинаково затронута правовая совѣсть какъ юристовъ, такъ и всѣхъ вообще русскихъ гражданъ, редакція и надѣется, опубликовывая отъ времени до времени поступающіе къ ней матеріалы.

Его Высокопревосходительству Г. Министру Внутреннихъ Дѣлъ.

выборщика отъ второго отдѣленія II съѣзда городскихъ избирателей г. Ярославля и уѣзда, Николая Петровича Дружинина, проживающаго въ г. Ярославлѣ по Казанской ул. въ д. № 9, на дѣйствія Г. Ярославскаго Губернатора, графа Дмитрія Николаевича Татищева, по выборамъ въ Государственную Думу,

ЖАЛОБА.

Тотъ характеръ, то направленіе, которое получаютъ выборы семи выборщиковъ отъ г. Ярославля и уѣзда по выборамъ въ Государственную Думу, оставшихся неизбранными на основныхъ выборахъ въ 1912 г., тѣ условія, которыя для нихъ создаются, та обстановка, среди которой оказывается осуществленіе населеніемъ большого города высокаго права, дарованнаго ему закономъ,—все это побуждаетъ меня обратиться къ Вашему Высокопревосходительству съ настоящею жалобой, какъ къ власти, которой—статьею

Digitized by Google

24-ю Положенія о выборахъ въ Г. Думу — предоставлено руководство общимъ надзоромъ за правильнымъ производствомъ выборовъ, возлагаемымъ на Губернаторовъ, и—статьею 25-ю—право опредѣлять въ особой Инструкціи подробности порядка производства выборовъ, не предусмотрѣнныя раздѣломъ I Положенія о выборахъ 3 іюня 1907 г.

Усматриваю въ ходѣ и обстановкѣ выборовъ слѣдующія обстоятельства, вызывающія необходимость законныхъ указаній Вашего Высокопревосходительства, въ видахъ обезпеченія выборамъ надлежащихъ условій, согласно съ требованіями закона:

I. Выборы выборщиковъ по г. Ярославлю и уѣзду были отмѣнены на первоначальныхъ выборахъ 8, 10 и 15 октября прошлаго 1912 г. По жалобѣ устраненныхъ выборщиковъ I съѣзда—Е. М. Иваньшина, Н. И. Оловянишникова, Е. В. Дунаева, В. С. Лопатина и В. Н. Эпштейна — на постановленіе объ отмѣнѣ выборовъ Ярославской Губернской по дѣламъ о выборахъ въ Г. Думу Комиссіи,—Правительствующій Сенатъ, оставивъ въ силѣ постановленіе Губ. Комиссіи объ отмѣнѣ означенныхъ выборовъ, высказалъ, въ своемъ указѣ по этому дѣлу, что «запозданіе въ разсылкѣ Городскою Управою именныхъ объявленій произошло по винѣ Губернатора, не озаботившагося своевременнымъ въ предѣлахъ указаннаго Инструкціею срока опубликованіемъ для выборовъ и пріурочившаго это опубликованіе къ самому окончанію означеннаго срока». Со времени осеннихъ выборовъ и изданія этого указа Правит. Сената прошло достаточно времени для назначенія такого срока выборовъ выборщиковъ вновь, при какомъ населеніе могло бы въ полной мѣрѣ осуществить свое право,—когда оно наименѣе подвижно, когда именныя объявленія могли скорѣй всего заставать избирателей въ мѣстахъ ихъ постояннаго жительства. Ожидать какихъ-либо поводовъ, какихъ-либо распоряженій относительно назначенія новыхъ выборовъ—Г. Ярославскому Губернатору, на котораго возложена обязанность назначенія сроковъ для выборовъ въ такихъ случаяхъ статьею 113-ю Положенія о выборахъ—и назначенія, предполагается, въ сроки наиболѣе удобные для населенія,—не было никакихъ основаній. Названная статья закона требуетъ назначенія новыхъ выборовъ въ случаяхъ отмѣны—безусловно. Въ Положеніи о выборахъ предполагается, чтобы полнота состава Губернскаго Избирательнаго Собранія въ теченіе всѣхъ пяти лѣтъ, на которыя оно избирается, была обезпечена всѣми законными мѣрами. Г. Ярославль, лишенный уже законнаго права на участіе въ выборахъ всѣхъ пяти членовъ Г. Думы отъ губерніи въ октябрѣ 1912 г., долженъ былъ быть обезпеченъ, по крайней мѣрѣ, въ отношеніи возможности проявить это участіе въ случаѣ частичныхъ выборовъ. Правит. Сенатъ, въ указѣ отъ 1907 г., № 491, разъясняетъ, что «Комиссіи по дѣламъ о выборахъ должны почитаться продолжающими существовать въ теченіе всего времени дѣйствія Государственной Думы (Учр. Гос. Думы, ст. 2) созыва». Но Комиссіи эти существуютъ для выполненія извѣстныхъ обязанностей по выборамъ. Слѣдовательно, самые выборы выборщиковъ должны быть назначаемы и тогда, когда бы избранные выборщики фактически не могли участвовать въ общихъ выборахъ, дабы хотя частичные выборы, когда таковые назначаются, — а назначеніе ихъ предполагается всегда возможнымъ, въ случаѣ смерти, отказа, исключенія члена Думы,—могли происходить при ихъ участіи.

Вопреки этому ясному смыслу закона, Г. Ярославскій Губернаторъ ждалъ, однако, особыхъ указаній и поводовъ для назначенія выборовъ выборщиковъ по г. Ярославлю и уѣзду. Поводъ къ этому и явился въ видѣ отказа кн. Д. Д. Урусова отъ званія члена Думы отъ губерніи.

Если уже ожидался поводъ, то и надлежало воспользоваться имъ немедленно. Между тѣмъ отказъ послѣдовалъ въ маѣ мѣсяцѣ, а выборы назначены было на 25 и 27 іюня и на 1 іюля 1913 г. Для разсылки именныхъ объявленій было опять дано слишкомъ мало времени: объявленіе о срокахъ для выборовъ было напечатано 11 іюня (№ 45 «Яросл. Губ. Вѣд.» за 1913 г.), а выборы должны были происходить уже 25 и 27-го іюня и 1-го іюля. Средина же лѣта есть время самое глухое. Масса избирателей на это время разъѣзжается. Вручить избирателямъ именныя объявленія по выборамъ представляется въ этотъ періодъ особо затруднительнымъ. Многимъ вручить ихъ въ это время и прямо невозможно. Назначать выборы на такое время значитъ, нѣкоторымъ образомъ, устраивать выборы безъ избирателей. Отчасти такъ и вышло. Сравнительно съ выборами 1912 г., число избирателей, получив-

Digitized by Google

шихъ именныя объявленія и явившихся на выборы 1913 г., было значительно меньше. (По первому съѣзду 30 сентября 1912 г. явилось 368; 25 іюня 1913 г.—260. Осталось невру̀ченными именныхъ объявленій около 120—130 изъ 611 избирателей, значившихся въ спискѣ. По второму отдѣленію II съѣзда 3 октября 1912 г. явилось на выборы 1730 избирателей; 1 іюля 1913 г.—1000. Убыль, какъ видно, громадная, всецѣло объясняющаяся неудобнымъ временемъ, въ которое были назначены выборы.) Иначе и быть не могло,— и это можно и должно было предвидѣть. Населеніе потерпѣло чисто фактическое умаленіе въ своихъ правахъ, зависящее отъ распоряженія Г. Губернатора. Распоряженія же Губернатора должны быть сообразуемы съ закономъ и правами населенія, которыя Губернаторъ обязанъ ограждать по возложенной на него общей обязанности надзора за правильнымъ производствомъ выборовъ.

2. Послѣдовавшее—описанное—нарушеніе Г. Губернаторомъ этой его обязанности по отношенію къ выборамъ тѣмъ болѣе представляется яснымъ, что онъ проявилъ сознаніе этой лежащей на немъ обязанности послѣ того какъ выборы по I съѣзду были вновь отмѣнены 8-го іюля Уѣздною Комиссіею. Новые выборы назначены имъ не на ближайшее время, а на 15-го сентября. Мотивомъ такого отдаленія выборовъ служитъ то, что значительная часть избирателей I съѣзда, принадлежащая къ торгово-промышленному классу, можетъ оказаться отсутствующею и затрудненною въ отношеніи осуществленія ею своего права, вслѣдствіе отъѣзда на Нижегородскую ярмарку. Но такого рода соображенія должны были имѣться въ виду и по отношенію къ выборамъ II съѣзда, по отношенію къ первоначальнымъ выборамъ I съѣзда,— дабы они могли происходить съ участіемъ возможно большаго числа избирателей, какъ того желаетъ законъ.

Когда выборы отложены на такое продолжительное время,—это тоже имѣетъ свои весьма существенныя неудобства. Разъ выборы начаты, ихъ нужно было закончить. Два мѣсяца и недѣля—срокъ слишкомъ продолжительный для пребыванія на ярмаркѣ гг. купцовъ. Они довольствуются значительно меньшимъ. Ярмарка начинается съ 25-го іюля. Раньше этого времени на нее не ѣздятъ. Между тѣмъ назначеніе выборовъ на время, отъ котораго недалеко до созыва Губ. Избирательнаго Собранія, можетъ привести къ тому, что г. Ярославль вновь останется безъ выборщиковъ ко времени созыва этого собранія, предполагаемаго, по слухамъ, 5-го октября. Это же тѣмъ болѣе вѣроятно, что учрежденія, провѣряющія выборныя производства, обнаруживаютъ здѣсь необычайную строгость требованій, не оправдываемую ни закономъ, ни Инструкціей, и ниспровергаютъ легко выборы, казалось бы, непоколебимые, въ которыхъ воля избирателей выразилась съ несомнѣнностью.

Здѣсь я перехожу къ слѣдующему пункту своей жалобы,—къ характеристикѣ дѣятельности этихъ учрежденій и къ доказательствамъ того, что Г. Ярославскій Губернаторъ ставилъ осуществленіе имъ возложеннаго на него закономъ надзора за правильностью выборовъ въ несовмѣстимое положеніе съ участіемъ въ политической борьбѣ, которая, наоборотъ, безусловно закономъ ему запрещается.

3. Какъ и на основныхъ выборахъ 1912 г., по второму отдѣленію II съѣзда и въ 1913 г. оказался выставленнымъ въ выборщики непремѣнный членъ губ. по земскимъ и город. дѣламъ присутствія А. В. Готовцевъ, котораго и можно было считать офиціальнымъ кандидатомъ, совмѣщавшимъ съ этимъ своимъ качествомъ завѣдываніе дѣлопроизводствомъ по выборамъ въ Г. Думу и участіе на правахъ члена въ Губ. по дѣламъ о выборахъ Комиссіи. Записки съ его именемъ и съ воззваніемъ, въ которомъ онъ рекомендовался, были разосланы весьма широко въ конвертахъ съ печатью Канцеляріи Ярославскаго Губернатора. Разсылка эта производилась какъ по отдѣльнымъ избирателямъ, такъ и по учрежденіямъ и торговымъ домамъ. Въ нѣкоторыхъ учрежденіяхъ эти записки были разложены передъ служащими на ихъ столахъ. Въ мѣстной газетѣ была выражена увѣренность, что агитація въ пользу А. В. Готовцева не исходитъ, однако, отъ самого Губернатора, но что кто-то просто воспользовался неосторожно печатью его Канцеляріи. Тутъ же высказана была и надежда, что видимое участіе власти въ политической борьбѣ, на которую она не уполномочена закономъ и которая несовмѣстима съ тѣмъ положеніемъ, которое ей даетъ законъ,—будетъ рѣшительно опровергнуто. Но никакого опроверженія не послѣдовало,—и весь ходъ выборовъ показалъ,

Digitized by Google

что высшій представитель правительственной власти въ губерніи ведетъ политическую борьбу, обнаруживаетъ совершенно опредѣленное отношеніе къ тѣмъ или инымъ кандидатамъ, проходящимъ въ выборщики.

4. Въ напечатанномъ въ «Яросл. Губ. Вѣд.» объявленіи о выборахъ было упомянуто объ отдѣленіяхъ, на которыя былъ раздѣленъ II съѣздъ по распоряженію Г. Министра Внутр. Дѣлъ. Во время выборовъ 1912 г. самое это распоряженіе Министра доводилось до свѣдѣнія избирателей въ офиціальныхъ губ. вѣдомостяхъ. Въ текущемъ же году соотвѣтствующаго объявленія не было опубликовано вдѣсь. Не была предупреждена, такимъ образомъ, возможность смѣшенія избирателями отдѣленій съѣзда, вслѣдствіе незнанія, кто по какому отдѣленію долженъ голосовать. И вотъ изъ числа признанныхъ недѣйствительными, поданныхъ по первому отдѣленію записокъ, оказалось, что за меня подана была 21 записка: это число избирателей въ сущности лишилось своихъ голосовъ вслѣдствіе упущеній со стороны Г. Губернатора.

5. Избирательныя Комиссіи, подсчитывая записки, обнаруживали необычайную строгость. Малѣйшее нарушеніе требованій Инструкціи влекло за собою признаніе записки недѣйствительною. Видимо, ими имѣлось въ виду, чтобы уже дальше не могло быть никакихъ возраженій хотя бы противъ тѣхъ записокъ, которыя будутъ такимъ образомъ профильтрованы. Достаточно сказать, что нѣсколько записокъ, поданныхъ за кандидата прогрессистовъ, въ которыхъ онъ былъ обозначенъ такъ: «Оловянишниковъ, Николай Ивановичъ: Стрѣлецкая, соб. домъ» были признаны недѣйствительными только потому, что въ нихъ не было обозначено его званіе — инженеръ — при чемъ № не могъ быть и обозначенъ, такъ какъ онъ былъ внесенъ въ дополнительный списокъ избирателей I съѣзда безъ №. Въ соб. домѣ Оловянишникова на Стрѣлецкой ул. другого Николая Ивановича Оловянишникова—не инженера—не было, и малѣйшихъ сомнѣній о томъ, кто разумѣлся въ забракованныхъ запискахъ, не существовало. Между тѣмъ, благодаря признанію такихъ даже записокъ недѣйствительными, Н. И. Оловянишниковъ оказался неполучившимъ абсолютнаго большинства и не былъ объявленъ избраннымъ въ выборщики. Такъ точно не были признаны записки, въ которыхъ кандидатъ торгово-промышленной группы былъ обозначенъ такъ: «Вахрамѣевъ, Николай Николаевичъ, отецъ»—безъ обозначенія нумера, адреса и званія, хотя не было ни малѣйшихъ сомнѣній равнымъ образомъ и здѣсь, кого подразумѣвали избиратели, и этотъ кандидатъ такъ былъ обозначенъ и въ избирательномъ спискѣ. Къ этимъ запискамъ съ именами Оловянишникова и Вахрамѣева были примѣнены въ Избирательной Комиссіи требованія п. 8 Инструкціи безъ соображенія съ тѣмъ, что этому пункту противорѣчитъ п. 34 той же Инструкціи, дѣлая ея требованія въ настоящемъ отношеніи не вполнѣ опредѣленными. Подсчетъ записокъ въ Избирательныхъ Комиссіяхъ производился безъ всякаго соображенія съ требованіями закона и разъясненіями Правит. Сената, безъ всякаго даже упоминанія о законѣ или сенатскихъ разъясненіяхъ. Въ Уѣздной же Комиссіи была проявлена къ избирательнымъ запискамъ еще большая строгость. Съ выборами по первому отдѣленію II съѣзда произошло нѣчто неслыханное. Избирательная Комиссія объявила получившимъ большинство—167 противъ абсолютнаго 165—выборщикомъ домовладѣльца торговца И. А. Кангина, а другого кандидата, за котораго подавались избирательныя записки,—о. протоіерея Сестренцевича—признала неизбраннымъ, такъ какъ онъ получилъ лишь 156 записокъ. Уѣздная же Комиссія къ 167 запискамъ, признаннымъ недѣйствительными въ Избират. Комиссіи, присоединила еще 43 записки, въ которыхъ усмотрѣла нарушеніе п. 6 Инструкціи—относительно формата бумаги (не листъ и не полулистъ, по ея мнѣнію), каковое, однако, въ подробностяхъ остается неизвѣстнымъ, облеченнымъ тайною, по обстоятельствамъ, ниже излагаемымъ,—и уменьшила число полученныхъ Кангинымъ записокъ на 32, а число полученныхъ о. Сестренцевичемъ на 11. Не понявъ все-таки, что такимъ образомъ избраннымъ оказался не Кангинъ, а о. Сестренцевичъ,— Уѣздн. Комиссія признала выборы несостоявшимися.

6. Тутъ долженъ былъ выступить въ роли власти, имѣющей надзоръ за правильностью производства выборовъ и за исполненіемъ закона, Г. Ярославскій Губернаторъ. Законъ требуетъ, чтобы (ст. 105 Пол. о выб.) въ избирательной запискѣ обозначалось имя и фамилія кандидата, и ничего не говоритъ о форматѣ и величинѣ бумаги, на которой записка написана. Правит.

Digitized by Google

Сенатъ, въ своихъ опредѣленіяхъ (1906 г. №№ 195 и 223 и 1907 г. № 505), призналъ, что даже и отсутствіе имени не должно во всякомъ случаѣ вести къ признанію записки недѣйствительною. Она должна быть признаваема дѣйствительною и при этомъ упущеніи имени, коль скоро нѣтъ никакихъ сомнѣній о комъ идетъ въ ней рѣчь, на кого именно указываетъ избиратель. Законъ и не можетъ ставить иныхъ условій для признанія записокъ недѣйствительными. Извѣстно, каковы условія нашего быта,—изъ которыхъ и исходитъ законодатель. Предъявленіе слишкомъ сложныхъ и строгихъ требованій здѣсь фактически лишало бы часть избирателей возможности осуществить свое право, подать свой голосъ на выборахъ. Настоящее требованіе закона и есть основное. Имъ опредѣляется существенное право избирателя. Оно указываетъ форму, въ которую должна быть облечена его воля, для того чтобы получить принадлежащее ей значеніе. Если нарушеніе закона (упущеніе имени) не должно вести, по мнѣнію Пр. Сената, за собою во всѣхъ случаяхъ признаніе записки недѣйствительною, — то тѣмъ менѣе могло, и по смыслу закона, и по смыслу сенатскихъ разъясненій, и по смыслу Инструкціи, какъ установляющей лишь подробности производства выборовъ, безъ нарушенія основныхъ требованій и правилъ закона, имѣть разрушающее вліяніе на дѣйствительность подачи голоса избирателемъ нарушеніе требованій Инструкціи въ отношеніи неуказанія № по списку, званія, адреса, даже отчества. Эти требованія не могли имѣть безусловнаго для дѣйствительности записокъ значенія. Еще менѣе могло повести, по смыслу и закона, и сенатскихъ разъясненій, и самой Инструкціи, нарушеніе требованій послѣдней относительно формата бумаги,—требованій, не представляющихся притомъ вполнѣ опредѣленными, такъ какъ понятія о листѣ и полулистѣ и о томъ, что такое писчая бумага—не являются совершенно ясными и принимаемыми всегда и во всѣхъ случаяхъ въ одномъ и томъ же значеніи. Въ теченіе восьми лѣтъ, какъ производятся выборы въ Госуд. Думу въ Ярославлѣ, въ пятый разъ, какъ они производились 25 и 27 іюня и 1 іюля 1913 г., въ Избирательныхъ Комиссіяхъ всегда постановлялось, что форматъ записки не имѣетъ существеннаго значенія, и если точно со всѣми подробностями обозначенъ кандидатъ по Инструкціи, то на какой бы бумагѣ это ни было сдѣлано, — если только она не подписана, если на ней нѣтъ ни помарокъ, ни подчистокъ ни на лицевой, ни на обратной сторонѣ,—записка должна быть признаваема дѣйствительною. И въ теченіе восьми лѣтъ Уѣздная и Губернская Комиссія не возбуждали сомнѣній относительно дѣйствительности записокъ, написанныхъ или напечатанныхъ на бумагѣ-какого либо формата, въ частности на четвертушкахъ. Губернаторъ — равнымъ образомъ — не возбуждалъ такихъ сомнѣній и не опротестовывалъ выборовъ изъ-за формата записокъ. Практика соотвѣтствующаго пониманія закона и Инструкціи была окончательно установлена въ этомъ смыслѣ въ Ярославской губ. Когда поэтому въ Уѣзд. Комиссіи состоялось неслыханное постановленіе о признаніи большаго числа записокъ недѣйствительными изъ-за формата бумаги и получились иные результаты относительно того, кто же оказался избраннымъ на выборахъ 27-го іюня въ выборщики,—Губернатору надлежало внести въ Губ. Комиссію протестъ именно по этому поводу, въ видахъ возстановленія силы закона и смысла Инструкціи, хотя при такомъ оборотѣ дѣла въ Уѣздн. Комиссіи оказывался избраннымъ правый духовный кандидатъ, неизбраннымъ прогрессивный кандидатъ, объявленный въ Избирательной Комиссіи избраннымъ въ выборщики. Вмѣсто того Губернаторъ поспѣшилъ заняться ариѳметическимъ подсчетомъ и въ своемъ протестѣ, не возбуждая никакихъ сомнѣній относительно правильности забракованія Уѣздною Комиссіею записокъ, признанныхъ дѣйствительными въ Избират. Комиссіи, просто доказалъ, что Уѣздн. Комиссія ошиблась, признавъ выборы несостоявшимися, — что въ дѣйствительности теперь избранъ о. Сестренцевичъ, а не Кангинъ.

7. Выборы по I съѣзду дали 25-го іюня трехъ прогрессивныхъ выборщиковъ изъ тѣхъ же кандидатовъ, которые были избраны и осенью 1912 г., когда избранные были устранены безъ назначенія новыхъ выборовъ. Вновь произошло при этомъ неправильное — вызывавшее дѣйствительную необходимость протеста съ точки зрѣнія закона и смысла самой Инструкціи — примѣненіе Инструкціи по отношенію къ четвертому прогрессивному выборщику, отмѣченному избирателями осенью, Н. И. Оловянишникову, — о чемъ было сказано выше. Но никакого протеста не послѣдовало. Вмѣсто того было

Digitized by Google

допущено устраненіе и во второй разъ тѣхъ же прогрессивныхъ выборщиковъ, безъ протеста со стороны Г. Губернатора. Выборы 25-го іюня были отмѣнены Уѣздною Комиссіей на томъ основаніи, что въ первый избирательный съѣздъ явился и успѣлъ положить въ урну свою записку избиратель II съѣзда. По жалобѣ избирателя П. П. Щапова, а не по протесту Губернатора, постановленіе объ этомъ Уѣздной Комиссіи было отмѣнено Губернскою Комиссіею по несущественности подобнаго повода къ отмѣнѣ выборовъ, — и предложено было Уѣзд. Комиссіи вновь пересмотрѣть дѣло о выборахъ по I съѣзду во всей его совокупности. Уѣздная Комиссія должна была необходимо признать здѣсь избранными прогрессивныхъ кандидатовъ. Но одновременно, по распоряженію Г. Губернатора, была предпринята въ Городской Управѣ провѣрка правъ избирателей, для выясненія того, не утратилъ ли кто изъ нихъ избирательнаго права со времени основныхъ выборовъ 1912 г. Изысканіе это предпринималось какъ бы съ цѣлью поколебать состоявшіеся выборы прогрессивныхъ выборщиковъ. Провѣрки этой не предпринималось раньше. Самые выборы были, какъ сказано, назначены слишкомъ поспѣшно съ представленіемъ подлежащимъ учрежденіямъ слишкомъ мало времени для производства провѣрки списковъ, — и даже для разсылки именныхъ объявленій. Но вотъ когда выборы были произведены, когда они дали совершенно уже опредѣленные результаты — избраніе прогрессивныхъ выборщиковъ — когда воля избирателей опредѣлилась вновь со всею ясностью — противъ выборовъ выдвинута была эта провѣрка въ неустановленномъ порядкѣ. И выборы по I съѣзду вновь были отмѣнены Уѣзд. Комиссіею 8-го іюля вслѣдствіе того, что дѣйствительно, какъ оказалось, въ подачѣ голосовъ принимали участіе 25-го іюня пять или шесть лицъ, утратившихъ цензъ по I съѣзду. Такое значеніе придано было обстоятельству, которое, при правильной оцѣнкѣ записокъ, навѣрное оказалось бы неимѣющимъ и немогущимъ имѣть какого-либо вліянія на результаты выборовъ. То, что сотни избирателей, при безпощадномъ забраковываніи записокъ, вопреки закону, сенатскимъ разъясненіямъ и истинному смыслу Инструкціи, лишались своихъ правъ,—это не вызывало протеста и дѣйствій со стороны Г. Губернатора, направленныхъ къ возстановленію силы закона и правъ, на немъ основанныхъ.

8. Долго провѣряла Уѣзд. Комиссія выборы по второму отдѣленію II съѣзда, на которыхъ, изъ числа признанныхъ дѣйствительными (при бракованіи съ такою строгостью) 954 записокъ, я получилъ 702 противъ 251, полученной А. В. Готовцевымъ; долго выясняла Уѣздн. Комиссія, по сообщеннымъ мнѣ «частнымъ образомъ» Предсѣдателемъ Комиссіи свѣдѣніямъ, какое-то обстоятельство, которое могло поколебать мое избраніе, несмотря на такое число полученныхъ голосовъ, но это число было такъ велико, что и съ уменьшеніемъ его Уѣздн. Комиссіею еще на 87 голосовъ (по тѣмъ же лишь «частнымъ образомъ» переданнымъ мнѣ Предсѣдателемъ свѣдѣніямъ), — оставшееся количество голосовъ было слишкомъ велико,— и я былъ признанъ выборщикомъ,— впредь до того, пока приходится думать, не считая, по обстоятельствамъ нашихъ выборовъ, вѣрнымъ и такое избраніе,— изысканы будутъ, быть можетъ, новые поводы къ устраненію меня, какъ въ прошломъ году.

Возможность же примѣненія новыхъ и новыхъ поводовъ къ устраненію меня изъ выборщиковъ усиливается тѣми условіями неосвѣдомленности о дѣйствіяхъ Уѣздн. Комиссіи и оттого беззащитности противъ нихъ и безконтрольности ея дѣятельности, которыми обставлены выборы по г. Ярославлю. Предсѣдатель Уѣздн. Комиссіи не даетъ никакихъ справокъ, не говоря о копіяхъ постановленій ея. Устраненные выборщики I съѣзда съ отмѣною выборовъ 25-го іюня не получили никакого увѣдомленія, никакихъ свѣдѣній объ этомъ. Предъявленіе мною довѣренностей отъ двоихъ выборщиковъ (Н. И. Оловянишникова и В. С. Лопатина) этого съѣзда, какъ и довѣренности отъ устраненнаго выборщика по первому отдѣленію II съѣзда И. А. Кангина для полученія справокъ и въ случаѣ надобности копій, на предметъ обжалованія постановленій Комиссіи, не оказываетъ никакого дѣйствія на Г. Предсѣдателя. Даже мнѣ лично, какъ выборщику, уже признанному, Г. Предсѣдатель Уѣзд. Комиссіи отказываетъ въ выдачѣ справокъ и копій, кромѣ сообщеннаго постановленія о признаніи моихъ выборовъ правильными,— и я лишенъ возможности отдать себѣ отчетъ въ томъ, какое обстоятельство выдвигалось противъ моихъ выборовъ и на какомъ основаніи число полученныхъ мною избирательныхъ голосовъ уменьшено Уѣздн. Комиссіею на 87,— о чемъ я получилъ

Digitized by Google

свѣдѣнія отъ Г. Предсѣдателя лишь «частнымъ образомъ» и въ весьма общей формѣ,—лишенъ возможности защищать свое избраніе какъ выраженіе полной несомнительной воли избирателей. Въ то же время Губ. Комиссія, въ отвѣтъ на мои жалобы по этому поводу—по нарушенію моихъ правъ, какъ непосредственно заинтересованнаго лица, и правъ моихъ довѣрителей,—выражаетъ сомнѣніе въ правѣ своемъ давать общія указанія Уѣздн. Комиссіи и сама не признаетъ права за избирателями и выборщиками получать изъ выборныхъ производствъ справки и копіи черезъ повѣренныхъ,—на что мною приносится жалоба въ Правительствующій Сенатъ, къ участію въ разсмотрѣніи которой законъ призываетъ Ваше Высокопревосходительство и которая даетъ, въ свою очередь, яркую характеристику той обстановкѣ, въ которой происходятъ выборы въ Гос. Думу по г. Ярославлю, по отсутствію надлежащихъ мѣръ со стороны г. Ярославскаго Губернатора къ правильному осуществленію имъ своего права общаго надзора за законнымъ производствомъ выборовъ.

Перехожу къ послѣднему пункту своей жалобы, въ которомъ буду имѣть честь выразить свою необходимость законныхъ указаній со стороны Вашего Высокопревосходительства Г. Губернатору и чрезъ него подлежащимъ лицамъ и учрежденіямъ, для правильнаго направленія въ дальнѣйшемъ выборовъ по г. Ярославлю.

9. До сихъ поръ въ Избирательныхъ Комиссіяхъ, съ чрезвычайною строгостью примѣнявшихъ п. 8 Инструкціи, теперь въ Уѣздн. и Губ. Комиссіяхъ, начавшихъ съ такою же строгостью примѣнять и п. 6 той же Инструкціи,—лишались сотни и нынѣ лишаются въ еще большемъ числѣ избиратели своихъ правъ съ признаніемъ недѣйствительными ихъ записокъ, отвѣчающихъ требованіямъ закона въ значительно большей полнотѣ, чѣмъ та, которая имъ устанавливается. Создается явленіе, которое отнюдь не предусматривалъ Законодатель, предоставившій Министру Внутр. Дѣлъ право опредѣлять въ инструкціонномъ порядкѣ подробности производства выборовъ. Нарушается явный смыслъ Инструкціи, не придающей своимъ требованіямъ безусловнаго значенія относительно № кандидата по списку, его званія, мѣстожительства, отчества, и еще меньше придающей значеніе своимъ указаніямъ относительно формата бумаги, на которой пишутъ записки,—явный смыслъ, состоящій, можно полагать, въ томъ, что, предъявляя эти требованія и не придавая имъ безусловнаго значенія,—каковое значеніе Инструкція и не могла бы придавать своимъ требованіямъ, такъ какъ это выходило бы изъ предѣловъ той власти, въ которыхъ названная Инструкція издается, ибо это составило бы нарушеніе основныхъ требованій самого закона,—Инструкція лишь рекомендуетъ и содѣйствуетъ практикѣ обозначенія кандидатовъ, когда можно и для тѣхъ, для кого можно, съ достаточными подробностями, для того чтобы предупредить смѣшеніе кандидатовъ, возможность обозначенія ихъ, согласно лишь съ требованіями закона, по имени и фамиліи, въ иныхъ случаяхъ могущаго оказаться недостаточно опредѣленнымъ,—такъ что требованія Инструкціи въ этомъ отношеніи остаются лишь въ той силѣ, какую придалъ Правит. Сенатъ въ опредѣленіяхъ своихъ требованіямъ собственно закона объ обозначеніи имени кандидата, признавшій, что и это требованіе не безусловно, — и въ большей силѣ оставаться не могутъ, какъ постановленія, не имѣющія всѣхъ признаковъ и всего значенія законодательныхъ предписаній ни по порядку изданія, ни по важности затрогиваемыхъ предметовъ.

На основаніи всего изложеннаго имѣю честь просить Ваше Высокопревосходительство:

I. Разъяснить Г. Ярославскому Губернатору то истинное положеніе безпристрастнаго судьи, Ока Государева, стоящаго на стражѣ закона и основанныхъ на немъ правъ населенія, какое усваиваетъ ему законъ, исключающій всякое вмѣшательство его въ пользу или во вредъ какимъ-либо кандидатамъ въ выборщики или въ Члены Государственной Думы,—каковое вмѣшательство дѣлаетъ его стороною въ выборахъ со всѣмъ тѣмъ пристрастіемъ, которое можетъ быть свойственно сторонѣ и должно вести къ забвенію закона и попеченія объ его точномъ и строгомъ примѣненіи.

II. Признать, что Г. Губернаторъ не имѣлъ основаній въ законѣ ожидать особаго повода къ назначенію выборовъ семи выборщиковъ.

Digitized by Google

III. Признать неправильнымъ то, что Г. Губернаторъ не назначалъ выборовъ семи выборщиковъ отъ г. Ярославля со времени отмѣны выборовъ таковыхъ въ октябрѣ 1912 г.

IV. Признать, что когда особый—ожидавшійся—поводъ къ назначенію выборовъ явился въ видѣ отказа кн. Д. Д. Урусова отъ званія Члена Г. Думы отъ губерніи,—то Г. Губернаторъ неправильно пропустилъ ближайшее для назначенія выборовъ время и назначилъ выборы въ сроки неудобные и опять давши слишкомъ мало времени для разсылки именныхъ объявленій избирателямъ.

V. Признать, что Г. Губернаторъ неправильно въ то же самое время чрезмѣрно отдалилъ срокъ для производства новыхъ выборовъ по I съѣзду съ отмѣною таковыхъ вновь 8-го іюля.

VI. Признать, что Г. Губернаторъ не исполнилъ своей обязанности по опубликованію своевременно къ свѣдѣнію избирателей II съѣзда объявленія о сохранившемъ свою силу и для выборовъ въ 1913 г. раздѣленіи II съѣзда въ 1912 г. на два отдѣленія, дабы избиратели могли ясно сознавать, по какому отдѣленію кто изъ нихъ призывается голосовать.

VII. Признать, что Г. Губернаторомъ неправильно выставлена была кандидатура въ выборщики непремѣннаго члена губ. по зем. и гор. дѣламъ присутствія А. В. Готовцева, совмѣстившаго съ этимъ качествомъ завѣдываніе дѣлопроизводствомъ по выборамъ и участіе на правахъ члена въ Губ. по дѣламъ о выборахъ Комиссіи,—и что разсылка избирательныхъ записокъ съ именемъ г. Готовцева и съ воззваніемъ, въ которомъ онъ рекомендовался, въ конвертахъ за печатью Канцеляріи Ярославскаго Губернатора,—составляла извѣстное давленіе на свободную волю избирателей, въ особенности изъ числа состоящихъ на правительственной, общественной или сословной службѣ, и выражала собою участіе Г. Губернатора въ политической борьбѣ, которая несовмѣстима съ его положеніемъ власти, имѣющей надзоръ за правильнымъ производствомъ выборовъ,—если имъ не будетъ доказано, что указываемая разсылка и рекомендація г. Готовцева производилась независимо отъ его желанія и даже, быть можетъ, безъ его вѣдома,—хотя онъ узналъ объ этомъ ранѣе выборовъ и могъ устранить то впечатлѣніе, которое отсюда получалось.

VIII. Признать, что Г. Губернаторъ, какъ лицо, на которое закономъ возлагается обязанность общаго надзора за правильнымъ производствомъ выборовъ, долженъ былъ выступить съ своими протестами по поводу массоваго лишенія избирателей въ Избирательныхъ Комиссіяхъ и затѣмъ въ Уѣздн. и Губ. Комиссіяхъ правъ голоса вслѣдствіе того, что въ своихъ запискахъ они не соблюдали несущественныя требованія Инструкціи, выполнивъ требованіе закона.

IX. Признать, что протестъ Г. Губернатора съ доказательствами, что въ 1-омъ отдѣленіи II съѣзда избранъ былъ не Кангинъ, а о. Сестренцевичъ,—не вызывался ни закономъ, ни сенатскими разъясненіями, ни требованіями Инструкціи, и составлялъ вмѣшательство въ пользу опредѣленнаго кандидата и во вредъ другому, на которомъ покоилось избраніе, котораго указала воля избирателей.

X. Признать, что по отмѣнѣ 4 іюля постановленія Уѣздн. Комиссіи, Губ. Комиссіею о признаніи подлежащими отмѣнѣ выборовъ 25-го іюня по I съѣзду, хотя и безъ его протеста, каковой протестъ требовался, такъ какъ въ таковой отмѣнѣ власть, стоящая на стражѣ закона, болѣе заинтересована, чѣмъ избиратель, приносившій жалобу,—Г. Губернаторъ не имѣлъ основанія распоряжаться о порядкѣ избирательныхъ списковъ, для привлеченія къ отвѣтственности лицъ, утратившихъ цензъ, но подававшихъ голосъ, и что настоящая не въ надлежащій срокъ, съ опозданіемъ, произведенная провѣрка, въ результатѣ (вслѣдствіе привлеченія къ отвѣтственности нѣсколькихъ лицъ, введенныхъ въ заблужденіе полученными ими неправильно именными объявленіями, попавшихъ какъ бы въ ловушку), терроризирующая избирателей, отгоняющая ихъ отъ участія въ выборахъ,—являлась выраженіемъ со стороны Г. Губернатора той же борьбы противъ нежелательныхъ съ его точки зрѣнія кандидатовъ уже не какъ власти, осуществляющей надзоръ за правильнымъ производствомъ выборовъ, а какъ стороны, принимающей участіе въ политической борьбѣ.

Digitized by Google

XI. Признать, что Ярославскій Губернаторъ не осуществилъ лежащей на немъ обязанности по общему надзору за правильнымъ производствомъ выборовъ,—допустивъ, что избиратели и выборщики оказываются неосвѣдомляемыми о постановленіяхъ Уѣздной Комиссіи и лишенными возможности обжаловать эти постановленія въ надлежащемъ порядкѣ и въ надлежащіе сроки.

XII. Разъяснить, для дальнѣйшаго надлежащаго направленія выборовъ по г. Ярославлю, зависящаго отъ Г. Губернатора, что требованія пунктовъ 6 и 8 Инструкціи относительно содержанія записокъ и формата бумаги не отмѣняютъ правилъ закона (ст. 105 Пол. о выб.) по этому предмету и не имѣютъ безусловнаго значенія, при которомъ могли бы быть признаваемы недѣйствительными избирательныя записки, не удовлетворяющія этимъ требованіямъ Инструкціи, и избиратели могли бы лишаться своихъ законныхъ правъ.

Н. Дружининъ.

Ярославль, 5 августа 1913 г.

Отъ редакціи. Въ связи съ дѣйствіями различныхъ административныхъ учрежденій, о которыхъ говорится въ вышеприведенной «Жалобѣ», послѣдовало нѣсколько указовъ Правительствующаго Сената. Въ указѣ отъ 20 сентября 1913 г. Правит. Сенатъ по жалобѣ И. А. Кангина призналъ, что тотъ или иной размѣръ необязателенъ для избирательныхъ записокъ, и предписалъ пересмотрѣть соотвѣтственное выборное производство (ср. выше, стран. 253); въ другомъ указѣ отъ того же числа Прав. Сенатъ призналъ, что Н. П. Дружининъ былъ въ правѣ получить, по предъявленіи довѣренностей, справки по дѣламъ о выборахъ по обоимъ съѣздамъ ярославскихъ избирателей (стран. 255). Наконецъ по рапорту Министра Внутреннихъ Дѣлъ послѣдовалъ указъ Правительствующаго Сената отъ 19 сентября 1913 г. На основаніи этого указа, сообщеннаго Ярославскимъ Губернаторомъ губернской по дѣламъ о выборахъ въ Госуд. Думу комиссіи, всѣ дополнительные выборы выборщиковъ отъ города Ярославля были отмѣнены. Мы приводимъ ниже полностью этотъ указъ Правит. Сената и постановленіе губернской комиссіи.

«По указу Его Императорскаго Величества, Правительствующій Сенатъ слушали дѣло по рапорту Министра Внутреннихъ Дѣлъ отъ 13 сентября 1913 г. за № 5087. Приказали: Разсмотрѣвъ обстоятельства настоящаго дѣла и выслушавъ заключеніе исполняющаго обязанности товарища оберъ-прокурора, Правительствующій Сенатъ находитъ, что Министръ Внутреннихъ Дѣлъ вошелъ въ Правительствующій Сенатъ съ рапортомъ слѣдующаго содержанія: На основаніи ст. 144 положенія о выборахъ, въ случаѣ отмѣны Государственною Думою выборовъ по отношенію къ отдѣльнымъ членамъ Думы, на ихъ мѣста вступаютъ, въ порядкѣ старшинства полученныхъ балловъ, слѣдующія за ними лица изъ соотвѣтствующаго разряда выборщиковъ, или изъ общаго состава собранія, по принадлежности, получившія больше половины голосовъ. Если такихъ лицъ не окажется, а равно въ случаѣ отмѣны избранія всѣхъ членовъ Думы отъ данной губерніи или области, производятся новые выборы подлежащимъ избирательнымъ собраніемъ въ составѣ выборщиковъ, которые избраны были на текущее пятилѣтіе. Порядокъ этотъ соблюдается, на основаніи ст. 145, и, въ случаѣ выбытія члена Думы за отказомъ отъ своего званія, или по инымъ причинамъ, если притомъ до наступленія сроковъ общихъ выборовъ въ Государственную Думу остается болѣе года. Такимъ образомъ, вполнѣ ясно, по мнѣнію Министра Внутреннихъ Дѣлъ, что законъ признаетъ со-

Digitized by Google

ставъ избирательнаго собранія неизмѣннымъ на все пятилѣтіе и что выбывшія изъ состава выборщиковъ лица, за смертью, потерею ценза, отказомъ отъ званія выборщиковъ или по инымъ причинамъ, по закону при производствѣ выборовъ на основаніи стт. 144 и 144 Полож. о выборахъ въ губернскихъ избирательныхъ собраніяхъ никѣмъ не могутъ быть замѣняемы. Не вполнѣ яснымъ Министру Внутреннихъ Дѣлъ представляется лишь вопросъ о томъ, надлежитъ ли пополнять составъ избирательныхъ собраній новыми выборщиками, путемъ назначенія новыхъ выборовъ на избирательныхъ съѣздахъ или ихъ опредѣленіяхъ въ томъ случаѣ, если составъ избирательныхъ собраній былъ неполонъ при производствѣ общихъ выборовъ, вслѣдствіе отмѣны подлежащими комиссіями по дѣламъ о выборахъ въ Государственную Думу и Правительствующимъ Сенатомъ избранія нѣкоторыхъ выборщиковъ и невозможности, за краткостью остающагося до оныхъ избирательныхъ собраній времени, назначать, на основаніи ст. 113 Полож. о выборахъ, дополнительные или новые выборы. Въ виду этого и руководствуясь ст. 26 Полож. о выборахъ, Министръ Внутреннихъ Дѣлъ проситъ Правительствующій Сенатъ о разрѣшеніи вышеозначеннаго сомнѣнія.

Обращаясь къ обсужденію возбужденнаго Министромъ Внутр. Дѣлъ вопроса, Прав. Сенатъ признаетъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда, за выбытіемъ изъ состава Государственной Думы одного изъ ея членовъ, должны быть назначены новые выборы, таковые по буквальному смыслу ст. 114, должны быть произведены избирательнымъ собраніемъ «въ составѣ выборщиковъ, которые избраны были на текущее пятилѣтіе». Принимая во вниманіе, 1) что по общему смыслу Полож. о выб. всѣ постановленія сего закона, касающіяся предварительныхъ стадій выборовъ (составленія списковъ, избранія уполномоченныхъ и выборщиковъ), изданы въ предположеніи, что эта часть выборнаго производства должна быть закончена къ моменту избранія членовъ Гос. Думы; 2) что въ соотвѣтствіи съ такимъ предположеніемъ возможность производства новыхъ или дополнительныхъ выборовъ по окончаніи выборной кампаніи закономъ не предусматривается; 3) что, такимъ образомъ, въ составъ избирательнаго собранія, долженствующаго выбирать членовъ Думы дополнительно, по ст. 144, должны быть включаемы лишь тѣ выборщики, которые имѣли или должны были имѣть законное право участвовать въ выборахъ первоначальныхъ, и 4) что къ числу таковыхъ, несомнѣнно, должны быть отнесены и тѣ выборщики, которые ко времени производства первоначальныхъ выборовъ были устранены отъ участія въ оныхъ по постановленіямъ уѣздныхъ или губернскихъ комиссій по дѣламъ о выборахъ, но затѣмъ возстановлены въ правахъ выборщиковъ распоряженіями высшихъ инстанцій (губернскихъ комиссій или Правительствующаго Сената, — Правительствующій Сенатъ разъясняетъ, что по окончаніи избирательной кампаніи производство новыхъ или дополнительныхъ выборовъ по закону не требуется. О чемъ увѣдомить указомъ Министра Внутр. Дѣлъ. Сентября 19 дня 1913 года».

«I. На основаніи указа правит. сената по 1-му департаменту Министру Внутр. Дѣлъ отъ 19 сентября с. г. признать недѣйствительными, какъ не основанные на законѣ, выборы выборщиковъ въ ярославское губернское избирательное собраніе: а) отъ 15 сентября с. г. по 1 съѣзду гор. избирателей гор. Ярославля — Е. В. Дунаева, Е. М. Иваньшина, В. С. Лопатина, Н. И. Оловянишникова и В. Н. Эпштейна; б) по 1 отд. 2-го съѣзда гор. избирателей г. Ярославля отъ 27 іюня с. г. И. А. Кангина и в) по 2-му отдѣленію того же 2-го съѣзда отъ 1-го іюля — Н. П. Дружинина.

II. Постановленіе Ярославской уѣздной по дѣламъ о выборахъ въ Гос. Думу комиссіи отъ 21-го сентября и отъ 6-го іюля с. г. о признаніи выборщиками упомянутыхъ Е. В. Дунаева, Е. М. Иваньшина, В. С. Лопатина, Н. И. Оловянишникова, В. Н. Эпштейна по 1-му съѣзду и Н. П. Дружинина по 2-му отд. 2-го съѣзда гор. избирателей г. Ярославля отмѣнить, о чемъ имъ, бывшимъ выборщикамъ, объявить и увѣдомить губернатора».

Digitized by Google

Литературное Обозрѣніе.

Проф. А. А. Жилинъ. Теорія союзнаго государства. Кіевъ. 1912. Стр. 354.

Авторъ этой книги задался цѣлью, какъ онъ самъ объясняетъ въ предисловіи (стр. 6): «обратить вниманіе на существо союзнаго государства и на важность его юридической конструкціи и познакомить лицъ, интересующихся политикой и правомъ государственнымъ, съ рядомъ оригинальныхъ ученій различныхъ иностранныхъ авторовъ». Писать цѣлую книгу съ цѣлью лишь «обратить вниманіе на проблему союзнаго государства, пожалуй, и излишне, ибо громадная литература вопроса свидѣтельствуетъ, что на него уже давно обращено заслуженное вниманіе. Что же касается до задачи «познакомить съ ученіями иностранныхъ авторовъ», то нельзя не признать, что она уже черезчуръ скромна для докторской диссертаціи. Но и эту скромную задачу г. Жилинъ выполнилъ далеко не удовлетворительно. Онъ не сумѣлъ вполнѣ овладѣть имѣющейся литературой и возвыситься надъ ней. Поэтому ему не удалось ни уловить внутренней связи между отдѣльными теоріями, ни опредѣлить ихъ удѣльный вѣсъ и значеніе въ общемъ ходѣ развитія ученія о союзномъ государствѣ, ни дать сколько-нибудь оригинальный ихъ критическій разборъ, ни даже иногда постигнуть и изложить дѣйствительное существо той или иной теоріи.

Въ сущности г. Жилинъ не далъ исторіи развитія догмы союзнаго государства. Въ его обзорѣ отдѣльныхъ ученій каждое изъ нихъ представлено вполнѣ обособленнымъ, какъ будто возникшимъ случайно, внѣ связи съ другими ученіями, внѣ зависимости отъ общаго направленія государственной науки своего времени. Онъ даже не пробуетъ классифицировать ученія по внутреннему сродству между ними. Онъ руководится лишь хронологическимъ порядкомъ. Даже основное отличіе старыхъ ученій, напр., Токвилля или Вайца отъ современныхъ ученій, какъ Лабанда или Розина, не указано имъ.

Digitized by Google

Между тѣмъ именно то обстоятельство, что старыя ученія были ученіями политическими и задавались цѣлью выяснить политическій смыслъ и цѣнность федеративнаго устройства, тогда какъ современныя ученія стремятся построить его юридическую формулу, объясняетъ колоссальное различіе между прежними и новыми теоріями. Вмѣстѣ съ тѣмъ именно это глубокое отличіе метода и задачъ государственной науки первой половины XIX ст. отъ требованій такъ наз. юридическаго направленія въ наукѣ государственнаго права объясняетъ то отрицаніе союзнаго государства, которое было впервые провозглашено Кальгуномъ въ Америкѣ и повторено Зейделемъ въ Европѣ. Этотъ любопытнѣйшій моментъ въ исторіи ученія о союзномъ государствѣ изложенъ, къ сожалѣнію, проф. Жилинымъ совершенно блѣдно и оставленъ безъ всякаго объясненія. Повидимому, онъ не придаетъ ему значенія. Между тѣмъ именно это отрицаніе послужило исходнымъ пунктомъ современныхъ изслѣдованій юридическаго существа союзнаго государства.

Не менѣе существенный недостатокъ обзора ученій о союзномъ государствѣ г. Жилина заключается въ его неполнотѣ. Я говорю не о необходимости представить всѣ теоріи: это было бы едва ли даже и возможно вслѣдствіе совершенной необъятности литературы вопроса. Но главнѣйшія и основныя ученія слѣдовало, разумѣется, изложить. Такъ, если г. Жилинъ уже счелъ нужнымъ приводить ученія XVII ст., то слѣдовало прежде всего остановиться на доктринѣ Лудольфа Гуго, котораго правильно считаютъ основателемъ ученія о союзномъ государствѣ, и для этого познакомиться съ его сочиненіями въ подлинникѣ, а не довольствоваться, какъ это дѣлаетъ г. Жилинъ, выпиской нѣсколькихъ строкъ изъ вторыхъ и третьихъ рукъ. Главнымъ образомъ необходимо было ознакомить читателей съ изложеннымъ въ знаменитомъ «Федералистѣ» ученіемъ «отцовъ» современной американской конституціи, которые создали первое федеративное государство новаго времени, тѣмъ болѣе что это ученіе легло въ основу долгое время господствовавшей въ наукѣ теоріи Токвилля и Вайца. Между тѣмъ г. Жилинъ ограничивается о «Федералистѣ» нѣсколькими строками (стр. 43), заимствованными притомъ по преимуществу изъ устарѣвшей книги Фортунатова «Исторія политическихъ ученій Соединенныхъ Штатовъ».

Еще болѣе значительны пробѣлы въ изложеніи новѣйшей литературы. Здѣсь г. Жилинъ считаетъ почему-то достаточнымъ ограничиться обозрѣніемъ лишь нѣмецкихъ теорій. Ученія французскихъ и англійскихъ авторовъ или вовсе не отражены въ трудѣ г. Жилина

Digitized by Google

или онъ довольствуется лишь упоминаніемъ о нихъ, будучи, повидимому, вовсе не знакомъ съ ними. Да и по отношенію къ нѣмецкой литературѣ онъ обрываетъ свое изслѣдованіе концомъ XIX ст. Литература XX вѣка, какъ это ни странно, совершенно не привлекла его любопытства. Такъ, онъ упоминаетъ о теоріи Пройсса, повидимому, даже и не подозрѣвая, что этотъ авторъ видоизмѣнилъ свою теорію въ статьѣ, напечатанной въ 1908 г.: «Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souverenität», (см. Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für P. Laband т. II). Такъ, ему остался невѣдомымъ весьма цѣнный съ точки зрѣнія формально-юридическаго направленія трудъ І. Зейдлера, «Das juristische Kriterium des Staates» 1905 г.

Да и не только спеціальная новѣйшая литература, но и общая литература государственнаго права нашего времени не была изучена г. Жилинымъ. И это отразилось крайне неблагопріятно на его трудѣ. Если бы онъ усвоилъ новѣйшія теченія въ наукѣ права и государства, онъ былъ бы въ состояніи освѣтить проблему союзнаго государства съ новой стороны и обозрѣть «Dogmengeschichte» съ новой точки зрѣнія. А въ томъ видѣ, какъ онъ есть, его трудъ рѣшительно ничего не прибавляетъ къ имѣющимся уже въ научной литературѣ обзорамъ ученій о союзномъ государствѣ Бри, Пройсса, Ле-Фюра.

Даже и въ критикѣ отдѣльныхъ теорій г. Жилинъ неотступно слѣдуетъ за своими предшественниками и повторяетъ чужія мысли. А между тѣмъ, задавшись спеціальною цѣлью «ознакомить съ рядомъ оригинальныхъ ученій иностранныхъ авторовъ», не только можно, но и должно было удѣлить критикѣ болѣе вниманія. Оригинальное ученіе Кальгуна слѣдовало выяснить ознакомленіемъ съ его взглядами на общіе вопросы государства, которые изложены въ его «A disquisition on the government». Здѣсь именно раскрывается смыслъ его ученія о «the concurrent majority», на которомъ построена вся его теорія. Г-нъ же Жилинъ, повидимому, даже и не заглянулъ въ это сочиненіе. То же самое слѣдуетъ сказать и объ изложеніи проф. Жилинымъ ученій Вайца и Зейделя. Еслибы онъ прочелъ «Grundzüge der Politik» перваго и «Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre» второго, его изложеніе, вѣроятно, было бы болѣе глубокимъ и вразумительнымъ. Къ сожалѣнію, подобное замѣчаніе можно сдѣлать и по отношенію къ другимъ теоріямъ, представленнымъ въ работѣ г. Жилина. Онъ не считаетъ нужнымъ теоріи союзнаго государства ставить въ связь съ ученіемъ о правѣ и государствѣ ихъ авторовъ, и поэтому его изложеніе почти всегда лишено глубины и интереса.

Digitized by Google

Нерѣдко даже складывается такое впечатлѣніе, что г. Жилинъ изъ всей книги или статьи того или другого автора прочелъ только то, что непосредственно относится къ конструкціи понятія союзнаго государства. Иначе нельзя себѣ объяснить того искаженія нѣкоторыхъ ученій, какое онъ допустилъ. Сказанное особенно относится къ теоріи Гирке. Г. Жилинъ, очевидно, совершенно не понялъ ея. Да и не могъ понять, ибо не отдалъ себѣ отчета въ особенностяхъ метода и органическаго воззрѣнія на государство ея автора. Явно не понялъ г. Жилинъ и Лабанда. Иначе онъ не могъ бы сближать его ученіе съ ученіемъ Зейделя и дѣлать изъ Лабанда какого-то сепаратиста. А между тѣмъ къ Лабанду г. Жилинъ долженъ былъ бы отнестись съ особеннымъ вниманіемъ, какъ къ главѣ того формально-юридическаго направленія въ наукѣ государственнаго права, которому онъ самъ слѣдуетъ.

Впрочемъ, и юридическій методъ г. Жилинъ понимаетъ какъ-то совершенно своеобразно. По крайней мѣрѣ, онъ утверждаетъ (стр. 339), что съ юридической точки зрѣнія нельзя говорить о гегемоніи Пруссіи въ Германіи, и это—несмотря на то, что имперская конституція связываетъ навсегда президіумъ въ союзѣ съ прусскою короной, предоставляетъ Пруссіи колоссальное преобладаніе голосовъ въ Союзномъ Совѣтѣ и т. д. Не менѣе ясно сказывается своеобразіе юридическаго метода г. Жилина въ конструктивной части его работы. Главная цѣль формально-юридическаго направленія—выработка ясныхъ, отчетливыхъ понятій, съ помощью которыхъ можно было бы построить логически стройную конструкцію того или иного правового института, видимо, совершенно не достижима для г. Жилина.

Въ сущности, предлагаемое г. Жилинымъ рѣшеніе проблемы союзнаго государства представляетъ изъ себя амальгаму мнѣній различныхъ ученыхъ, которыя онъ даже не пробуетъ примирить и объяснить. Такъ, опредѣливъ признаки союзнаго государства буквально по Еллинеку (стр. 333—334), онъ одновременно принимаетъ совершенно расходящуюся съ воззрѣніемъ Еллинека конструкцію Гирке, по которой на ряду съ Gliedstaaten и центральнымъ государствомъ существуетъ еще федерація, какъ сумма ихъ. Далѣе, намѣтивъ, слѣдуя за Лабандомъ, на стр. 279 отличительный признакъ государства отъ самоуправляющейся общины «въ принудительномъ господствѣ по собственному праву», онъ подъ самый конецъ своей книги (стр. 354) устанавливаетъ совершенно иное отличительное свойство государства и утверждаетъ, что «государство имѣетъ особыя права, особое положеніе въ международномъ союзѣ, поэтому-то и въ союзномъ государствѣ его государства-члены,

Digitized by Google

лишаясь суверенитета, все-таки стремятся сохранить хоть тѣнь международнаго бытія въ видѣ, въ исключительныхъ случаяхъ и подъ контролемъ союзной власти осуществляемыхъ, нѣкоторыхъ правъ международныхъ сношеній». Заканчивая этимъ неожиданнымъ утвержденіемъ свою диссертацію, г. Жилинъ совсѣмъ забываетъ, что онъ ранѣе оспаривалъ возможность усматривать въ международномъ положеніи отличительную особенность государства, что «тѣнь международнаго бытія» существеннымъ отличіемъ служить, очевидно, не можетъ и что къ тому же отдѣльные штаты Сѣверной Америки даже и такою тѣнью не обладаютъ.

Въ еще болѣе яркое самопротиворѣчіе впадаетъ г. Жилинъ, когда онъ (на стр. 275 и др.) считаетъ необходимымъ для понятія государства единство власти и единство верховной воли, а потомъ оказывается, что союзное государство управляется нѣсколькими властями и волями (стр. 337). Кстати, объ этомъ принципѣ единства государственной власти и о пониманіи власти, какъ воли. Эти начала г. Жилинъ, повидимому, признаетъ незыблемыми и неоспоримыми и тѣмъ самымъ подтверждаетъ мое предположеніе о его незнакомствѣ съ новѣйшей научной литературой по его спеціальности. Извѣстно, насколько современныя ученія поколебали прежнюю вѣру въ единство государственной власти и признаніе ея волей. Поэтому строить нынѣ какую бы то ни было научную теорію на этихъ началахъ, не отразивъ новѣйшихъ нападеній на нихъ, представляется совершенно недопустимымъ.

Чуть ли не еще слабѣе юридическихъ «построеній» г. Жилина его разсужденія о политическомъ и соціальномъ значеніи союзнаго государства. Здѣсь еще рѣзче бросается въ глаза неумѣніе автора вникнуть въ суть вопроса и недостатокъ начитанности. Когда читаешь его соображенія о слабости власти, присущей каждому союзному государству, и о невозможности возникновенія новыхъ федерацій, невольно изумляешься, почему г. Жилину не пришло въ голову прочитать хотя бы недавнюю брошюру бар. Корфа «Федерализмъ»?

Въ общемъ отъ книги г. Жилина остается впечатлѣніе, что писать ее, можетъ быть, и было полезно для автора, но читать ее совершенно безполезно для кого бы то ни было.

В. Устиновъ.

Digitized by Google

Проф. А. С. Мулюкинъ. Очерки по исторіи юридическаго положенія иностранныхъ купцовъ въ Московскомъ государствѣ. Одесса 1912. 349 стран. Ц. 2 руб. 50 коп.

Инна Любименко. Исторія торговыхъ сношеній Россіи съ Англіей. Вып. 1.—XVI вѣкъ. Юрьевъ. 1912. 192 стран. Ц. 1 руб.

Обѣ работы, заглавія которыхъ выписаны выше, появившіяся почти одновременно, въ значительной мѣрѣ оказываются близки одна къ другой и по своему содержанію. Обѣ онѣ относятся къ одной и той же исторической эпохѣ, трактуютъ вопросъ о положеніи иностранныхъ купцовъ въ Московскомъ государствѣ и тѣсно связываются съ исторіей торговыхъ отношеній и торговой политики въ указанномъ періодѣ. Однако, по своему характеру, «Очерки» г. Мулюкина и этюдъ г. Любименко далеко не однородны.

Что касается изслѣдованія одесскаго профессора, то оно едва ли можетъ выдержать серьезную критику. И по своимъ методамъ, и по содержанію, и по какой-то бьющей въ глаза небрежности въ обработкѣ матеріала книга г. Мулюкина производитъ далеко не благопріятное впечатлѣніе. По существу авторъ ея не далъ ничего новаго въ своемъ изслѣдованіи, сравнительно съ трудами своихъ немногихъ предшественниковъ (Костомарова, Ѳирсова, Цвѣтаева и др.), ему не удалось привлечь и сколько-нибудь цѣннаго архивнаго матеріала, которымъ иногда къ тому же онъ пользуется изъ «вторыхъ рукъ», а главное—въ своихъ собственныхъ выводахъ и построеніяхъ онъ не столько успѣлъ выяснить свою тему, сколько запуталъ ее, придавъ съ первыхъ же страницъ своего изслѣдованія неправильную постановку основному вопросу, поставленному имъ въ «Очеркахъ».

Авторъ избралъ своей темой исторію «юридическаго положенія» иностранныхъ купцовъ въ Московскомъ государствѣ, т.-е. онъ взялся выяснить тѣ правовыя особенности въ положеніи иностраннаго купечества, которыя можно было бы назвать торговымъ правомъ иностранцевъ на Москвѣ въ XVI—XVII вв. Совершенно очевидно, что право это авторъ долженъ былъ прежде всего точно отграничить отъ тѣхъ нормъ и ограниченій въ правахъ, которыя въ одинаковой мѣрѣ распространяли свое дѣйствіе какъ на иностранное, такъ и русское купечество того времени и такимъ образомъ вовсе не были характерны для юридическаго положенія купцовъ-иностранцевъ. Иначе, какъ это и случилось съ авторомъ, ему неминуемо грозила опасность отнести на счетъ «особенностей» правъ иностранныхъ

Digitized by Google

купцовъ общія мѣры торговой политики Московскаго правительства (заповѣдные товары, привилегіи казны и т. д.). Подобное смѣшеніе понятій, сразу сообщившее совершенно ложный характеръ самой постановкѣ проблемы, тѣмъ болѣе спутываетъ результаты изслѣдованія г. Мулюкина, что онъ взялся начертать правовую исторію иностраннаго купечества въ Московской Руси, совершенно не коснувшись ни торговой политики московскихъ государей, ни состоянія торговли, ни взаимоотношеній иностраннаго и русскаго купечества XVI—XVII вв. Игнорируя всѣ эти столь существенныя обстоятельства, непосредственно связанныя съ его темой, авторъ, съ другой стороны, нерѣдко вторгается въ область такихъ вопросовъ, которые далеко выводятъ его за предѣлы его спеціальной задачи и только вновь излишне осложняютъ и запутываютъ предметъ. Такъ не различая съ точностью, какъ уже было отмѣчено выше, иностранныхъ и туземныхъ купцовъ, г. Мулюкинъ смѣшиваетъ въ дальнѣйшемъ вопросъ о положеніи иностранныхъ купцовъ съ вопросомъ о ноложеніи иностранцевъ вообще и иновѣрныхъ русскихъ подданныхъ въ частности. Подъ вліяніемъ подобнаго смѣшенія онъ неожиданно вдается въ исторію служилаго землевладѣнія Московской Руси и службы иностранцевъ въ Москвѣ. Конечно, мы не рѣшились бы поставить въ упрекъ автору такую «многопредметность», не рѣшились бы ставить ему въ вину, что онъ даетъ больше, чѣмъ обѣщаетъ, если бы авторъ, дѣйствительно, показалъ себя искуснымъ мастеромъ своего дѣла. Къ сожалѣнію, эти экскурсы «въ сторону» отнюдь не свидѣтельствуютъ о богатствѣ спеціальной эрудиціи автора и нисколько не помогаютъ распутать спутанную ткань «Очерковъ» г. Мулюкина.

Та же неясность получается и въ вопросахъ о торговыхъ служащихъ, домашней прислугѣ и рабочихъ, нанимаемыхъ иностранцами. Интересы внѣшней торговой политики авторъ смѣшиваетъ здѣсь съ интересами внутренней вѣроисповѣдной политики Московскаго правительства, инкорпорировавшаго въ свой составъ «многія государства и земли» иноплеменныхъ народовъ. Принимая же во вниманіе, что въ своихъ опредѣленіяхъ авторъ, какъ юристъ, вообще не отличается достаточною точностью (напр., въ вопросѣ о «заповѣдныхъ» и указныхъ товарахъ, подданствѣ иностранцевъ, закладняхъ и т. п.), мы не удивимся, что и выводы г. Мулюкина по всѣмъ указаннымъ вопросамъ не отличаются ни ясностью, ни убѣдительностью (см., напр., стт. 109, 118, 125—126, 127—128, 139—140, 172—181, 258 и др.).

Не мало вредитъ, наконецъ, автору и его совершенное непониманіе самаго духа изучаемой имъ эпохи. Разсматривая права ино-

Digitized by Google

странныхъ купцовъ какъ будто внѣ историческаго времени и пространства, хотя и съ большимъ вниманіемъ къ хронологіи, г. Мулюкинъ склоненъ въ то же время въ каждомъ «государевомъ указѣ», сепаратномъ распоряженіи видѣть «общій законъ», общее «правило» (стр. 12, 21, 145 и др.), а въ «челобитныхъ» истиціяхъ—доказательство существующихъ правъ (стран. 18—20 и др.), хотя, съ другой стороны, автору иногда и приходится въ отдѣльныхъ случаяхъ сознаваться, что «трудно установить одинъ какой-нибудь принципъ, который насквозь проникалъ бы отношенія Московскаго государства къ иностранцамъ». Автору и слѣдовало съ самаго начала стать на такую, именно, точку зрѣнія, памятуя, что Московская Русь не умѣла творить «общихъ законовъ», а мозаически, отъ случая къ случаю, глядя по обстоятельствамъ, законодательствовала въ порядкѣ управленія, «какъ ее Богъ вразумитъ». Но при такихъ условіяхъ автору пришлось бы говорить не объ «общемъ правѣ» и не вообще объ «иностранныхъ купцахъ», а объ англійской, голландской, армянской или персидской компаніи, объ ихъ привилегіяхъ и о вліяніи на эти послѣднія дипломатическихъ и международныхъ отношеній Московской эпохи, фискальныхъ интересовъ государства, его экономической политики, на которую все рѣшительнѣе оказывали давленіе интересы русскаго торгово-промышленнаго міра, особенно въ XVII ст., и о многомъ другомъ. Вмѣсто всего этого авторъ предпочитаетъ изъ частныхъ случаевъ дѣлать общіе выводы (ср. стр. 12 и др.) съ «ручательствомъ» или безъ ручательства (стр. 139) за ихъ достовѣрность, которая, однако, ничего отъ этого не выигрываетъ. Таково общее впечатлѣніе, вынесенное нами при внимательномъ чтеніи книги проф. Мулюкина. Боимся, что изслѣдованіе г. Мулюкина способно только затемнить и спутать рѣшеніе тѣхъ вопросовъ, которые онъ затронулъ своими «Очерками».

Иное впечатлѣніе произвела на насъ небольшая, но добросовѣстно исполненная работа г-жи Любименко. Намъ представляется только, что авторъ этого «перваго» этюда по «исторіи торговыхъ сношеній Россіи съ Англіей» заглавіемъ своей книги обѣщаетъ болѣе, чѣмъ даетъ. Исторіи торговыхъ сношеній Россіи съ Англіей, по существу мы не нашли въ книгѣ г-жи Любименко. Авторъ скорѣе далъ исторію торговыхъ сношеній Англіи съ Россіей или, еще точнѣе, исторію Англійской торговой компаніи и ея сношеній съ Московскимъ правительствомъ. Во всякомъ случаѣ торговыя сношенія и интересы Россіи и Англіи, торговая политика этихъ «державъ» совершенно стушевываются за деталями «біографіи» Англійской компаніи и ея судебъ въ XVI ст. Впрочемъ, что касается Англіи, то г-жа Любименко сдѣлала все же попытку въ гл. V намѣтить тотъ общій фонъ англій-

Digitized by Google

ской торговой политики XVI ст., на которомъ становится болѣе или менѣе понятной исторія знаменитой экспедиціи 1553 г. Но Московской Руси на этомъ фонѣ не видно. То же, что говоритъ въ «заключеніи» г-жа Любименко о «дальновидности русскихъ царей» въ ихъ торговой политикѣ XVI в., обходя, напр., совершенно вопросъ о роли московскаго купечества, не блещетъ достаточною глубиной и «дальновидностью». Отмѣчая эту особенность очерка г-жи Любименко, мы не хотимъ, однако, умалять несомнѣнныхъ достоинствъ ея очерка. Прежде всего авторъ не мало потрудился надъ сырымъ матеріаломъ, съ которымъ ему удалось ознакомиться какъ въ иностранныхъ такъ и русскихъ хранилищахъ «сухихъ хартій древности». Благодаря этому обстоятельству г-жѣ Любименко посчастливилось внести рядъ интересныхъ и свѣжихъ подробностей въ исторію англійской торговой компаніи, особенно, насколько рѣчь идетъ о внутренней исторіи этой компаніи. Безспорный интересъ представляютъ также и помѣщенныя въ «приложеніи» къ очерку вновь опубликованные документы. Это не «приложенія» г. Мулюкина, пристегнутыя, очевидно, для декораціи въ концѣ его книги, а довольно тщательно сдѣланная выборка изъ документовъ. Въ результатѣ г-жѣ Любименко удалось несомнѣнно дать вполнѣ научно и тщательно составленный этюдъ, гдѣ знакомые уже факты изъ исторіи англо-русскихъ торговыхъ отношеній, дополненные и обновленные новыми матеріалами, представлены въ простой и ясной схемѣ. Въ заключеніе мы и пожелаемъ г-жѣ Любименко довести до благополучнаго окончанія задуманный ею трудъ.

Б. И. Сыромятниковъ.

Н. Евреиновъ. «Исторія тѣлесныхъ наказаній въ Россіи». — Т. I, изд. В. К. Ильинчика, С.-Пб. (Годъ изданія и цѣна не обозначены.) Стр. 214.

Такъ озаглавлена вышедшая на-дняхъ въ свѣтъ книга, во введеніи въ которую г. Евреиновъ обѣщаетъ пополнить замѣчаемый имъ пробѣлъ въ русской историко-юридической литературѣ путемъ тщательной разработки цѣлаго ряда отдѣловъ исторіи тѣлесныхъ наказаній, а именно: «Тѣлесныя наказанія крѣпостныхъ», «Административныя тѣлесныя наказанія», «Тѣлесныя наказанія въ духовномъ сословіи», — «въ арміи и флотѣ», — «въ тюрьмахъ и на каторгѣ», — «въ произведеніяхъ народнаго творчества», — «въ художественной литературѣ», — «въ семьѣ и школѣ»,

Digitized by Google

«Тѣлесныя наказанія ремесленниковъ», даже «Тѣлесныя наказанія на почвѣ садизма» и, кромѣ того, обѣщаетъ дать «Исторію палачей» и «Исторію пытки». По словамъ автора, всякая рѣчь о недостаточности обслѣдованія исторіи тѣлесныхъ наказаній «должна отойти въ область преданій съ выходомъ изъ печати настоящаго многолѣтняго труда». Замѣчая, насколько полно разработанъ этотъ вопросъ въ Германіи, онъ находитъ русскую литературу о тѣлесныхъ наказаніяхъ недостаточной (можетъ быть, потому, что не указываетъ въ своемъ перечнѣ такихъ трудовъ, какъ Сергѣевскаго, Никитина, Семевскаго и Максимова) и впередъ заявляетъ о «безупречной полнотѣ» новаго труда своего.

Столь громкія обѣщанія и вполнѣ опредѣленная претензія г. Евреинова на научное значеніе выходящаго въ свѣтъ изданія заставляютъ критика строго отнестись къ новой книгѣ.

«Составитель этой исторіи, — пишетъ г. Евреиновъ, — приноситъ глубочайшую благодарность огромному количеству лицъ, споспѣшествовавшихъ окончанію и появленію въ свѣтъ настоящаго труда», но не поясняетъ, каковы доля и характеръ его собственнаго участія въ этомъ трудѣ: фамилія г. Евреинова стоитъ и въ общемъ заглавіи книги, и подъ введеніемъ, первый отдѣлъ — «Тѣлесныя наказанія въ русскомъ правѣ» — подписанъ г. Ф. Ивановымъ, а второй — «Административныя тѣлесныя наказанія» — вовсе никѣмъ не подписанъ. Поэтому можно думать, что г. Евреиновъ является авторомъ нѣкоторыхъ статей и редакторомъ всего изданія, и главная доля отвѣтственности за недостатки и достоинства книги должна падать на него.

Въ своемъ введеніи (стран. 1—16), озаглавленномъ «О цѣнности исторіи тѣлесныхъ наказаній», авторъ справедливо замѣчаетъ, что эта исторія должна имѣть важное значеніе для пониманія состоянія нравовъ нашихъ предковъ, для характеристики взаимоотношеній между привилегированными и непривилегированными классами, равно, какъ и для пониманія значенія розги, до сихъ поръ не забытой нѣкоторыми «воспитателями» и даже «законодателями», (по поводу борьбы съ хулиганствомъ въ переживаемое нами время). Въ частности, не лишено интереса и то обстоятельство, что авторъ, разбирая вопросъ о происхожденіи нѣкоторыхъ реченій обиходнаго русскаго языка (кажется, дѣйствительно, впервые въ нашей литературѣ), замѣчаетъ на нихъ несомнѣнную печать широкаго примѣненія тѣлесныхъ наказаній. Первый отдѣлъ выпускаемаго тома г. Евреиновъ характеризуетъ, какъ «основную юридическую

Digitized by Google

статью исчерпывающаго характера», о тѣлесныхъ наказаніяхъ въ русскомъ правѣ «вплоть до настоящаго времени».

Между тѣмъ, трудъ г. Иванова (стран. 17—154) какъ разъ не даетъ того, что долженъ ожидать читатель отъ всякой историко-юридической статьи: въ этой статьѣ нѣтъ никакой картины связнаго историческаго процесса, нѣтъ текучести, преемственности и движенія, словомъ, нѣтъ жизни юридическихъ институтовъ, несмотря на многочисленныя отдѣльныя сцены изъ быта и нравовъ нашихъ предковъ. Приводя постановленія законовъ, авторъ не даетъ себѣ труда анализировать содержаніе ихъ, а спѣшитъ перейти къ беллетристическому описанію ужасовъ примѣненія этихъ нормъ на практикѣ. При этомъ онъ вноситъ въ свой очеркъ массу матеріала, не имѣющаго никакого отношенія къ исторіи тѣлесныхъ наказаній, — то посвящая многія страницы описанію квалифицированныхъ способовъ смертной казни, то разсказывая про отдѣльные эпизоды ея, то занимаясь подробною характеристикой нѣкоторыхъ русскихъ царей (И. Грознаго, Петра и др.). Въ то же время о многихъ видахъ тѣлесныхъ наказаній г. Ивановъ вовсе умалчиваетъ: въ его очеркѣ нѣтъ никакихъ упоминаній про заковываніе въ цѣпи и кандалы, приковываніе къ стѣнѣ и тачкѣ, бритье головы, лишеніе пищи и тому подобныхъ менѣе грубыхъ, но весьма жестокихъ наказаніяхъ, игравшихъ, какъ извѣстно, не послѣднюю роль въ исторіи русской карательной системы и отчасти сохраняющихъ свое значеніе въ наше время.

Неполнота очерка г. Иванова становится еще болѣе замѣтною, когда онъ переходитъ къ вопросу о тѣлесныхъ наказаніяхъ въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ (стран. 153—154). Здѣсь онъ не выясняетъ ни условій примѣненія розогъ, ни категорій лицъ, подлежащихъ этому наказанію, ни носителей карательной власти; не касается авторъ и случаевъ отмѣны и замѣны розогъ, приводя лишь нѣсколько случайныхъ ссылокъ на законъ, изложенный у него въ высшей степени неполно. По утвержденію автора, наказанію розгами подвергаются «за различные проступки» ссыльно-каторжные и ссыльно-поселенцы только въ Сибири. Между тѣмъ, наше дѣйствующее право (см. стт. 235, 238 и 240 Устава о ссыльныхъ по прод. 1909) вовсе не ограничиваетъ предѣлами Сибири наказанія розгами этихъ лицъ за «маловажныя преступленія и проступки», т.-е. не влекущія по общему закону лишенія всѣхъ особенныхъ правъ. Кромѣ повсемѣстнаго наказыванія ссыльно-каторжныхъ розгами въ этихъ случаяхъ властью тюремнаго начальства (тамъ же, ст. 275), а ссыльно-поселенцевъ и по-

Digitized by Google

лицейскою властью въ лицѣ исправниковъ, становыхъ и даже волостного правленія (тамъ же, ст. 273 и 274), нашему дѣйствующему праву извѣстно то же наказаніе и по приговору суда: въ отношеніи каторжныхъ — въ тѣхъ случаяхъ, когда къ «маловажному преступленію» присоединяется перемѣна имени (п. 5, § III ст. 264 Уст. о ссыльн.), а въ отношеніи переселенцевъ, сверхъ того, и въ случаѣ перваго побѣга въ Сибири (тамъ же, п. 2, б). Вотъ это послѣднее постановленіе закона, ничѣмъ, кромѣ историческаго объясненія, не оправдываемое, видимо, и послужило основаніемъ для ошибки г. Иванова. Другая его ошибка того же характера заключается въ томъ, что, перечисляя категоріи осужденныхъ лицъ, подлежащихъ наказанію розгами, и указывая на содержащихся въ военныхъ тюрьмахъ, онъ минуетъ почему-то заключенныхъ въ дисциплинарныхъ баталіонахъ, ротахъ и командахъ (Стт. 78 и 79 кн. XVII Св. Воен, Пост. 1869 г., изд. 3, 1907).

Достаточно связно и полно изложены авторомъ лишь два вопроса — объ исторіи отмѣны тѣлесныхъ наказаній въ 60 годахъ (стран. 121—134) и объ общественномъ движеніи въ пользу отмѣны розогъ послѣ 1863 года (стран. 137—150); но эти вопросы и до появленія настоящаго труда были прекрасно освѣщены въ работахъ Джаншіева, Семевскаго, Жбанкова и Яковенко, почему автору приходилось лишь излагать содержаніе этихъ послѣднихъ, иллюстрируя свой разсказъ многими анекдотами изъ періодической печати.

Что касается остального содержанія очерка г. Иванова, то, если исключить изъ него кажущійся случайнымъ матеріалъ въ видѣ перечисленій статей закона, останется прекрасный сборникъ анекдотовъ по поводу смертной казни, тѣлесныхъ наказаній и отраженій ихъ въ нравахъ представителей власти и общества. Заимствуя эти анекдоты изъ романовъ Валишевскаго, изъ историческихъ журналовъ и мемуаровъ, авторъ нерѣдко забываетъ въ своихъ ссылкахъ указать страницы соотвѣтствующихъ сочиненій и вовсе не останавливается на критикѣ всѣхъ этихъ свѣдѣній. Вотъ почему не только является совершенно невозможнымъ согласиться съ той оцѣнкой статьи г. Иванова, которую ей даетъ г. Евреиновъ, но нельзя сказать вообще, чтобы этотъ очеркъ въ какомъ бы то ни было отношеніи могъ быть названъ вкладомъ въ русскую юридическую литературу.

Большее число сдѣланныхъ выше замѣчаній должно быть отнесено и ко второму отдѣлу 1-го тома «Исторіи», — къ статьѣ безыменнаго автора «Административныя тѣлесныя нака-

Digitized by Google

занія» (стр. 155—214). Тщетно сталъ бы искать въ этой статьѣ читатель анализа русскихъ административныхъ законовъ или анализа взаимоотношеній между населеніемъ и носителями административной власти съ точки зрѣнія историческаго объясненія тѣлесныхъ наказаній, назначавшихся и понынѣ назначаемыхъ въ порядкѣ дисциплинарномъ. Авторъ не опредѣляетъ сферы своего изслѣдованія, не держится какой-либо общей схемы изложенія и даже не устанавливаетъ самаго понятія «административныхъ тѣлесныхъ наказаній». Не имѣя такого необходимаго для научной работы остова-скелета своего труда, онъ тщательно собираетъ только анекдоты, характеризующіе въ хронологической послѣдовательности, — но безо всякой внутренней связи между отдѣльными эпизодами — самодурство и развращенность русскихъ администраторовъ и мученія, претерпѣвавшіяся отъ нихъ населеніемъ за время съ конца XVII до конца XIX вѣковъ; періодъ же до XVII в. почему-то оставленъ авторомъ безъ вниманія. Правда, въ этихъ анекдотахъ много попадается такихъ, которые опять-таки совсѣмъ не относятся до темы очерка, но въ цѣломъ всѣ они представляютъ собою довольно яркую бытовую картину самоуправства и насилія со стороны русскихъ властей за описываемый періодъ времени [1]). Въ этомъ безусловная заслуга автора, какъ художника-мозаиста, но отнюдь не служителя науки: для того, чтобы воспользоваться сообщенными имъ свѣдѣніями въ цѣляхъ изученія исторіи административныхъ тѣлесныхъ наказаній, необходимо выкинуть все лишнее, а оставшееся подвергнуть основательной провѣркѣ и критикѣ.

Такимъ образомъ, если судить по первому тому «Исторіи тѣлесныхъ наказаній въ Россіи», новое изданіе едва ли выполнитъ громкія обѣщанія, съ которыхъ начинаетъ редакторъ этого коллективнаго труда. Но объ этомъ можно будетъ сказать окончательно лишь по выходѣ послѣдняго (4-го, 5-го или 6-го неизвѣстно) тома.

Что касается внѣшности изданія, то она обращаетъ невольное вниманіе на книгу: большой форматъ, хорошая бумага, четкій шрифтъ, многозначительныя и грозныя виньетки и заставки изъ арсенала пытокъ, орудій наказаній и казней показываютъ, что издатель не мало думалъ о внѣшности, почему нельзя не пожалѣть, что рисунки исполнены грубо и нехудожественно, а многія изъ иллюстрацій не имѣютъ никакого от-

[1]) Особенно красочны и интересны свѣдѣнія относительно случаевъ примѣненія тѣлесныхъ наказаній при усмиреніи крестьянскихъ волненій (стр. 196—214).

Digitized by Google

ношенія къ темѣ всего сочиненія. Таковы напр., рисунки, изображающіе квалифицированные виды смертной казни въ Германіи и Россіи, казнь стрѣльцовъ, Пугачева и т. п., равно, какъ и вовсе не характерныя и неумѣстныя карикатуры изъ журналовъ 60-хъ годовъ.

Эти дефекты, однако, могли бы быть незамѣтными, если бы книга отличалась внутренними достоинствами.

Б. Базилевъ.

Труды Юридическаго Общества при Императорскомъ С.-Пб. Университетѣ. Томъ VI. С.-Пб. 1913. Ц. 2 р. 50 к.

Какъ и томъ V «Трудовъ», о которомъ мы писали въ предыдущей книгѣ «Юридическаго Вѣстника», и этотъ томъ ихъ продолжаетъ съ честью ту истинно-научную и истинно-жизненную работу, на достоинства которой мы уже указывали. Какъ бы эпиграфомъ для нихъ могли служить слова А. С. Заруднаго въ одномъ изъ засѣданій Общества: «С.-Петербургское Юридическое Общество всегда чутко относилось къ тревожнымъ вопросамъ юридической практики... На Западѣ университеты оказываютъ сильное и непосредственное вліяніе на юридическую практику; наши университеты, къ сожалѣнію, этой роли не играютъ. Тѣмъ болѣе цѣнною представляется помощь, оказываемая практикѣ Юридическимъ Обществомъ». И, дѣйствительно, въ разнообразномъ содержаніи этого тома даны отвѣты и на вопросы, рѣзко выдвинутые въ центръ общественнаго вниманія конституціонной практикой нашего строя (напр., доклады П. Люблинскаго «Конституціонная или административная гарантія?» и гр. П. Толстого «Ограниченіе свободы печати въ порядкѣ охраны») и на вопросы текущей, такъ сказать, перманентной уголовно-правовой дѣйствительности (доклады П. Астрова «О тотализаторѣ въ Россіи» или д-ра Лотина «Объ облитіи кислотами»). Въ вопросахъ гражданскаго права нѣтъ той остроты интереса и тревожащей общественную совѣсть злободневности, которыя характеризуютъ проблемы государственнаго или уголовнаго содержанія: процессы развитія и преобразованія права въ этой области, хотя и затрогиваютъ наибольшее количество людей, но сами происходятъ и глубже и незамѣтнѣе. Однако Юридическое Общество самымъ выборомъ темъ и постановкой ихъ на обсужденіе привлекло и къ нимъ вниманіе общества и намѣтило основныя про-

Digitized by Google

блемы, стоящія на очереди (доклады: И. Кистяковскаго «О законѣ объ администраціяхъ», А. Трайнина «О реформѣ конкурснаго законодательства», С. Бѣляцкина «О новомъ авторскомъ правѣ», Д. Іонаса «О законопроектѣ о страхованіи рабочихъ»). Во всѣхъ этихъ докладахъ особенно привлекательнымъ является обсужденіе вопросовъ не столько въ предѣлахъ существующихъ законовъ, сколько de lege ferenda; это общее для всѣхъ направленіе придаетъ имъ характеръ чуткости къ запросамъ практики и яркой жизненности. При чтеніи всей книги напрашивается существенный выводъ: можно говорить все, что угодно о русскихъ юристахъ, но ужъ никакъ не объ отсутствіи въ ихъ лицѣ «Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung»!

Укажемъ еще на нѣсколько замѣченныхъ нами въ книгѣ деталей. Впервые въ научномъ юридическомъ обществѣ выступила русская юристка: докладъ г-жи Лучинской «Объ арестѣ заработной платы рабочаго» вызвалъ слова привѣтствія М. Винавера, къ которымъ можно только присоединиться. Среди докладовъ имѣются три доклада членовъ Московскаго Юридическаго Общества. Нѣтъ никакого сомнѣнія въ томъ, что слѣдуетъ привѣтствовать и пожелать дальнѣйшаго развитія такому положенію, при которомъ «обмѣнъ взглядовъ и мыслей происходилъ бы не только въ средѣ каждаго отдѣльнаго общества, но вызывалъ бы болѣе тѣсное общеніе между обоими столичными Обществами».—Въ засѣданіи 5 декабря 1912 г. была признана желательною «организація Обществомъ работъ по пересмотру уголовнаго уложенія 1903 года въ цѣляхъ скорѣйшаго его введенія въ дѣйствіе».

И. З. Штейнбергъ.

В. Л. Исаченко. Мировой Судъ. Практическій Комментарій на 1-ую книгу Уст. Гр. Суд. (ст. 29—201). С.-Пб. 1913 г., XX+884 стр. Ц. 6 руб.

Новый трудъ сенатора В. Л. Исаченко носитъ на себѣ тотъ же отпечатокъ высокой талантливости, который обезпечилъ выдающійся успѣхъ его предыдущимъ Комментаріямъ на II и III книги Уст. Гр. Суд. Поразительная освѣдомленность во всѣхъ мельчайшихъ деталяхъ процесса, исключительная способность простымъ, яснымъ языкомъ излагать свои мысли и сквозь дебри разнорѣчивыхъ сенатскихъ рѣшеній устанавливать «ученіе Сената», — вотъ тѣ качества, которыя присущи маститому процессуалисту

Digitized by Google

г. Исаченко, и которыя подтверждаются и настоящимъ трудомъ: «Мировой Судъ».

Появленіе этого Комментарія надо горячо привѣтствовать. Онъ даетъ возможность будущимъ судебнымъ дѣятелямъ теперь же еще до повсемѣстнаго введенія въ дѣйствіе закона 15 іюня 1912 г., ознакомиться со всѣми деталями обновленнаго законодательства и приступить въ свое время къ практической дѣятельности вооруженными надлежащими знаніями.

Въ какомъ отношеніи стоитъ рец. «Мировой Судъ» къ предшествующимъ Комментаріямъ на Уст. Гр. Суд. того же автора? Въ соотвѣтствующихъ отдѣлахъ общихъ и для окружныхъ судовъ и для мировыхъ судебныхъ установленій г. Исаченко широко использовалъ свой Комментарій на кн. II и III Уст. Гр. Суд., но, — надо замѣтить, — эти отдѣлы являются не простою перепечаткой старыхъ трудовъ автора, а представлены въ глубоко обработанномъ для нуждъ мировой юстиціи видѣ. Эта обработка выразилась и въ сокращеніи ихъ изложенія въ рецензируемой книгѣ. Во многихъ крупныхъ вопросахъ г. Исаченко, не считая нужнымъ перепечатывать старое, ограничивается даже простою ссылкой на соотвѣтствующія страницы другихъ томовъ своего Комментарія. Авторъ, очевидно, хотѣлъ придать своей книгѣ еще болѣе практическій характеръ, чѣмъ его «Практическій Комментарій» на II и III книги Уст. Гр. Суд. Если въ этихъ послѣднихъ комментаріяхъ г. Исаченко часто по крупнымъ принципіальнымъ вопросамъ высказываетъ свои воззрѣнія, не согласующіяся съ установившеюся сенатскою практикой, то въ рецензируемомъ трудѣ, посвященномъ мировой юстиціи, авторъ устраняетъ и послѣдніе проблески критическаго отношенія къ установившейся практикѣ и придаетъ своему «Комментарію» ультра-практическій характеръ: содержаніе его сводится къ систематическому изложенію ученій Сената.

Нельзя не замѣтить, что во многихъ случаяхъ такого рода переработка матеріала идетъ въ ущербъ полнотѣ, законченности и вразумительности изложенія. Приведемъ нѣсколько примѣровъ для обоснованія нашего упрека.

Такъ, на стран. 1—10 авторъ опредѣляетъ понятіе подвѣдомственности дѣла судебнымъ установленіямъ. Благодаря сокращенности изложенія, въ рецензируемомъ трудѣ не проводится различіе между «требованіями безспорными, не допускающими возраженій въ состязательномъ порядкѣ» (прим. къ ст. 1 Уст. Гр. Суд.), и «требованіями, кои должны исполняться въ безспорномъ порядкѣ» (О. С. 1899 г., № 24). Изложеніе автора (см. страницу 5) ведется такъ, какъ будто ни одно «безспорное требованіе»

Digitized by Google

не можетъ быть оспариваемо судебнымъ порядкомъ («споры, вытекающіе изъ этихъ отношеній, не подлежатъ вѣдѣнію судебныхъ установленій», стран. 5), — что, конечно, невѣрно.

Сравнительно съ комментаріемъ на кн. II Уст. Гр. Суд. къ ст. 258 (т. I, вып. II), соотвѣтствующія объясненія г. Исаченко къ ст. 69 являются сильно сокращенными и вслѣдствіе этого недостаточными. Тамъ г. Исаченко критиковалъ теорію Сената о сущности основанія иска (хотя предлагаемая имъ форма существенно не отличается отъ сенатской), основательно и остроумно доказывалъ логическую несостоятельность сенатской практики по примѣненію ст. 258; въ рец. «Мировомъ Судѣ» (стран. 226) г. Исаченко приводитъ содержаніе соотвѣтствующихъ кассаціонныхъ рѣшеній безъ малѣйшей критики, укрѣпляя тѣмъ самымъ мировую юстицію въ неправильныхъ воззрѣніяхъ на существо основанія иска и рядъ связанныхъ съ этимъ ученіемъ вопросовъ.

На стран. 353 г. Исаченко даетъ объясненія къ ст. 101[1] о предѣлахъ допустимости свидѣтельскихъ показаній на судѣ. Авторъ сильно сократилъ изложеніе сравнительно съ изложеніемъ Комментарія къ т. II Уст. Гр. Суд. (объясненія къ ст. 409). Именно, онъ не представилъ ученія о различіи письменной формы «ad solemnitatem» и «ad probationem». Изложеніе автора ведется такъ, что вперемежку (безъ малѣйшей оговорки) говорится то о той, то о другой письменной формѣ. Получается путаница и рядъ сбивчивыхъ положеній. Такъ, на стран. 353 авторъ приводитъ кассаціонное рѣшеніе въ доказательство положенія, что «если по законамъ матеріальнаго права данное событіе можетъ быть подтверждаемо только письменными доказательствами, судъ не въ правѣ устанавливать это событіе на основаніи свидѣтельскихъ показаній, и потому ни подъ какимъ предлогомъ (!) не долженъ допускать допросъ свидѣтелей»... Въ слѣдующей же фразѣ авторъ приводитъ кассаціонное рѣшеніе, разъясняющее, что судъ въ правѣ допустить допросъ свидѣтелей при согласіи на это сторонъ, несмотря на запрещеніе закона! И эта невразумительность утвержденій автора обязана сокращенію изложенія за счетъ такого важнаго въ практическомъ отношеніи ученія о различіи значенія письменной формы актовъ.

Въ Комментаріи къ ст. 112 г. Исаченко сжалъ свое изложеніе (сравнительно съ Комментаріемъ къ кн. II Уст. Гр. Суд.) ученія о квалифицированномъ признаніи до одной страницы (страница 121). Посему за бортомъ текста оказались тѣ прекрасныя страницы Комментарія къ ст. 480, въ коихъ г. Исаченко обстоятельно излагаетъ распредѣленіе onus probandi между сторонами,

Digitized by Google

различіе между квалифицированнымъ признаніемъ и мотивированнымъ отрицаніемъ долга и пр. Въ Комментаріи къ ст. 156 (ученіе о законной силѣ рѣшенія) г. Исаченко настолько сократилъ, сравнительно съ своимъ Комментаріемъ къ кн. II Уст. Гр. Суд. (см. объясненіе къ ст. 589), свои объясненія, что изложеніе мѣстами получилось весьма неяснымъ Этотъ упрекъ въ особенности относится къ ученію о «тождествѣ лицъ» (стран. 655), гдѣ мы не находимъ ни полслова о важномъ и необходимомъ ученіи о «презумпціонномъ представительствѣ», и, вмѣсто принципіальныхъ положеній, находимъ сбивчивое, казуистическое и неполное перечисленіе примѣровъ «тождества лицъ».

Всѣ эти пробѣлы, — думается намъ, — обязаны той цѣли, которую поставилъ себѣ г. Исаченко: дать мировымъ судьямъ ультрапрактическій комментарій на Уст. Гр. Суд., содержаніе коего сводилось бы къ простой информаціи судьи въ сложившейся (и часто явно несостоятельной!) практической юриспруденціи[1]). Мы лично не можемъ одобрить такой пріемъ комментированія законовъ. Мы также полагаемъ, что мировая юстиція заслуживаетъ послѣ введенія въ дѣйствіе закона 15 іюня 1912 года о преобразованіи мѣстнаго суда бо́льшаго довѣрія, чѣмъ это отводится ей г. Исаченко.

Бо́льшая научность изложенія не повредила бы тому дѣлу, служить которому призвана рецензируемая книга. Но здѣсь мы должны отмѣтить еще одинъ недостатокъ, присущій «Практическому комментарію» г. Исаченко. Дѣло въ томъ, что гражданскій процессъ рождаетъ на практикѣ множество жизненныхъ вопросовъ, разрѣшеніе коихъ лежитъ не на законодателѣ и даже не на судебныхъ дѣятеляхъ, а всецѣло на плечахъ юристовъ-теоретиковъ. Напримѣръ, Уст. Гр. Суд. (ст. 72) предоставляетъ суду право дѣлать сторонамъ вопросы (Fragerecht). Но законъ не указываетъ прямо, какими началами долженъ руководствоваться судъ въ тѣхъ случаяхъ, когда сторона не даетъ яснаго или удовлетворительнаго отвѣта на эти вопросы. Въ этой области отвѣтъ можетъ дать только теорія, а для ознакомленія съ ней русскій юристъ долженъ обратиться къ тѣмъ началамъ, которыя выработаны западно-европейскою научною юриспруденціей[2]). Такъ вотъ, по многимъ вопросамъ «Практическій комментарій» для того, чтобы быть на уровнѣ своего назначенія, необходимо и неизбѣжно долженъ быть научно-практическимъ комментаріемъ.

---

[1]) И этотъ культъ кассаціонныхъ рѣшеній тѣмъ болѣе непонятенъ въ устахъ г. Исаченко, который не раздѣляетъ догмы о законной силѣ кассаціонныхъ рѣшеній (см. стран. 847).

[2]) «Комментарій» г. Исаченко (стран. 236 слѣд.) не содержитъ въ себѣ по этому вопросу никакихъ разъясненій.

Digitized by Google

Отмѣтимъ здѣсь тѣ страницы рецензируемаго труда, кои менѣе всего удовлетворяютъ выставленному требованію. На страницахъ 127—133 г. Исаченко очень обстоятельно излагаетъ воззрѣнія Сената на существо права на искъ. Онъ, именно, утверждаетъ (стран. 129), что если истецъ требуетъ зашиты правъ, явно ему не принадлежащихъ, но признаваемыхъ имъ ему принадлежащими, то судъ долженъ разсмотрѣть искъ и разрѣшить постановленіемъ рѣшенія объ отказѣ въ искѣ. «Право на искъ», такимъ образомъ, конструируется г. Исаченко на субъективномъ моментѣ: какого мнѣнія держится о своемъ правѣ проситель. Эта конструкція несостоятельна, ибо вопросъ о наличности «права на искъ» не можетъ разрѣшаться единолично самимъ истцомъ. Субъективный признакъ (представленіе истца о наличности у него права) негоденъ для установленія наличности права на искъ. Такой признакъ можетъ быть только объективнымъ. Искомый объективный признакъ дается ст. 4 Уст. Гр. Суд.: защищать права могутъ лишь лица, «до коихъ тѣ дѣла касаются», т.-е. кои заинтересованы въ исходѣ дѣла.

Подъ «основаніемъ иска» г. Исаченко понимаетъ «то юридическое между тяжущимися отношеніе, изъ коего искъ вытекаетъ, но не фактъ нарушенія правъ истца» (ст. 225). Эта конструкція должна быть признана оставленной въ наукѣ права. И въ ученіи о смѣшеніи исковъ (ст. 258), и въ ученіи о «неизмѣняемости основанія иска» (ст. 332) и въ ученіи о «res judicata (ст. 156) эта конструкція даетъ выводы явно несправедливые и несостоятельные. Для обоснованія нашего взгляда сошлемся на слѣдующія строки самого же г. Исаченко: «Если истцу отказано въ искѣ о правѣ собственности, которое онъ выводитъ изъ правъ законнаго наслѣдованія, то онъ не въ правѣ во второмъ искѣ выводить свое право собственности изъ факта давностнаго владѣнія, ибо въ обоихъ этихъ искахъ основаніе одно — право собственности» (стран. 657).— Трудно найти разумное оправданіе такому запрещенію. Неужели необоснованный первый искъ лишаетъ навсегда то же лицо права требовать свою собственность, дѣйствительно пріобрѣтенную имъ по давности? Неужели, напр., необоснованный искъ о недѣйствительности духовнаго завѣщанія по несоблюденію формы завѣщанія лишаетъ истца права опорочивать то же духовное завѣщаніе по другому основанію, напр., душевной болѣзни завѣщателя?![1]) Замѣтимъ, наконецъ, что изложеніе г. Исаченко въ этомъ

[1]) Авторъ пріурочиваетъ ученіе объ основаніи иска къ комм. ст. 258. Изложеніе г. Исаченко по этому вопросу не совсѣмъ насъ удовлетворяетъ. Г. Исаченко (стран. 227) выдвигаетъ лишь одну цѣль закона (ст. 258.), за-

Digitized by Google

вопросѣ уже устарѣло. Въ К. Р. 1912, № 124 Сенатъ отказался отъ своихъ воззрѣній на сущность основанія иска (правоотношеніе, изъ котораго выведено исковое требованіе) и провозгласилъ, какъ единственно правильную, концепцію основанія иска, какъ совокупности правопроизводящихъ фактовъ.

Весьма подробно излагаетъ г. Исаченко ученіе о распредѣленіи между тяжущимися бремени представленія доказательствъ (Комментарій къ ст. 81, стран. 289 слѣд). Это — одна изъ наиболѣе жизненныхъ и животрепещущихъ проблемъ гражданскаго процесса, имѣющая за собою громадную теоретическую литературу. Къ изложенію и разрѣшенію этой проблемы нельзя подходить, не учитывая данныя теоріи. Посему, объясненія, даваемыя г. Исаченко (Комм. къ ст. 81), нельзя не признать недостаточными.

Въ объясненіяхъ къ ст. 156 авторъ излагаетъ ученіе о законной силѣ мотивовъ рѣшенія. Краткость изложенія г. Исаченко не оправдывается громадной важностью проблемы. Ученіе Сената изложено ровно въ трехъ строкахъ (стран. 658). Затѣмъ, подъ видомъ изложенія сенатской практики, г. Исаченко излагаетъ свою собственную теорію. Мы лично полагаемъ, что для составленія какой-либо теоріи по этому вопросу, необходимо больше принять во вниманіе существующія теоріи, ихъ недостатки, равно какъ и ученія западно-европейской практической юриспруденціи. Слишкомъ сложна и трудна проблема, чтобы ее рѣшать на одной страницѣ и иллюстрировать ее однимъ (къ тому же мало удачнымъ)[1]) примѣромъ. Г. Исаченко различаетъ соображенія суда: субъективныя (соображенія юридическія) и объективныя: 1) главныя, прямо вытекающія изъ исковыхъ требованій и 2) побочныя, прямо не относящіяся къ предмету спора и потому не полагаемыя въ основу рѣшенія. Лишь главныя объективныя

прещающаго смѣшеніе исковъ: «заботливость законодателя объ интересахъ отвѣтчика», — но упускаетъ подчеркнуть новое направленіе въ нашей сенатской практикѣ: «основной принципъ, который преслѣдуется при примѣненіи ст. 258 Уст. Гр. Суд., заключается въ томъ, чтобы смѣшеніемъ основаній исковъ не вызвать судопроизводственныхъ затрудненій» (К. Р. 1911, 100). Эта точка зрѣнія мѣняетъ существеннымъ образомъ само содержаніе ст. 258 Уст. Гр. Суд. Сенатъ (К. Р. 1911, 100, здѣсь приведена вся предшествующая практика) требуетъ, чтобы основаніе иска было единымъ не по своему происхожденію, а по своимъ «внутреннимъ признакамъ» (подъ каковыми Сенатъ подразумѣваетъ единство предмета исполненія).

[1]) Изъ примѣра автора явствуетъ, что «соображеніе о томъ, что отвѣтчикъ ничѣмъ не доказалъ возраженія объ уплатѣ искомой суммы — главное». Но, вѣдь, рѣшеніе вступаетъ въ законную силу въ связи съ основаніемъ его (стран. 895), и доказательства отнюдь вступать въ законную силу не могутъ.

Digitized by Google

соображенія вступаютъ въ законную силу. — Теорія г. Исаченко оставляетъ желать многаго въ отношеніи ясности, логичности, законченности. Во всякомъ случаѣ, это — не теорія Сената, и авторъ въ данномъ вопросѣ уклоняется отъ своего пріема изложенія — резюмировать сенатскую практику.

Таковы теоретическіе недочеты въ рецензируемомъ трудѣ. Надлежитъ, впрочемъ, оговориться, что эти недочеты отнюдь не могутъ быть поставлены въ такой минусъ рецензируемой работы, который серьезно умалялъ бы ея значеніе для юристовъ-практиковъ. По самой своей задачѣ, «Практическій комментарій» г. Исаченко преслѣдуетъ болѣе скромную цѣль: систематизировать сенатскую практику, дать по всѣмъ деталямъ процесса разъясненія, не исключая даже узко-техническихъ. Въ этихъ предѣлахъ рецензируемая работа представляетъ изъ себя результатъ колоссальнаго труда.

Обратимся теперь къ нѣкоторымъ частностямъ, кои вызвали у насъ недоумѣнія. Съ весьма многими сужденіями и утвержденіями г. Исаченко невозможно согласиться. На стран. 21 авторъ, комментируя п. 4 ст. 31 Уст. Гр. Суд. («вѣдомству мирового судьи не подлежатъ:... 4) дѣла о предоставленіи права переложенія музыкальнаго произведенія на инструменты, воспроизводящіе его механически»), выставляетъ довольно странное утвержденіе, что «только эти иски не подвѣдомы мировой юстиціи», но не всѣ вообще споры, возникающіе изъ самовольнаго переложенія музыкальнаго произведенія: эти послѣдніе подсудны мировой юстиціи,— утвержденіе, противорѣчащее п. 3 ст. 31 Уст. Гр. Суд., изъемлющему *всѣ* споры, вызываемые нарушеніемъ авторскаго права, изъ вѣдѣнія мировой юстиціи.

На стран. 131 мы читаемъ: «по достиженіи 17 лѣтъ отъ роду состоящіе подъ опекою пріобрѣтаютъ право самостоятельно искать и отвѣчать на судѣ, хотя бы формально опека и не была снята съ нихъ (73, № 1355; 75, № 205; 79, № 270 и др.). Другое утверждалъ г. Исаченко въ «Основахъ гражд. процесса» (изд. 1904 г.). Здѣсь (стран. 411—412) авторъ, ссылаясь на тѣ же кассаціонныя рѣшенія, утверждаетъ, что въ нихъ «не содержится отвѣта на занимающій насъ вопросъ»; «обращаясь же для разрѣшенія его къ законамъ матеріальнаго права», авторъ приходитъ къ выводу, что одинъ фактъ достиженія лицомъ 17-лѣтняго возраста не снимаетъ опеки. Мы лично держимся этого послѣдняго взгляда (см. нашъ «Практическій комментарій» къ Уст. Гр. Суд., т. I, стран. 285 и не понимаемъ, почему автору угодно въ настоящее время измѣнять свои воззрѣнія. Во всякомъ случаѣ ссылка на приведенныя кассаціонныя рѣшенія не оправдываетъ его тезиса.

Digitized by Google

На стран. 40 и 254 слѣд. авторъ констатируетъ иски о нарушеніи правъ участія частнаго (ст. 29 и ст. 73), какъ иски владѣльческіе. Это толкованіе наврядъ ли правильно. По отношенію къ праву участія недопустимо владѣніе; поэтому, одинъ фактъ пользованія или непользованія выгодами въ чужомъ имѣніи не можетъ вызвать юридическія послѣдствія, въ смыслѣ его защиты. По самому своему существу, «право участія частнаго» рождаетъ искъ петиторный (искъ о правѣ), а не посессорный и измѣненіе новымъ закономъ о мѣстномъ судѣ редакціи п. 5 ст. 29 (замѣна словъ: «иски о правѣ участія ч.» словами «иски о нарушеніи права») не въ состояніи ввести въ нашъ юридическій обиходъ новый правовой институтъ, владѣніе правами[1]).

На стран. 283 г. Исаченко комментируетъ ст. 82 («всякаго рода не касающіяся существа дѣла справочныя свѣдѣнія, находящіяся въ дѣлахъ того мирового судьи, которымъ разсматривается дѣло, могутъ быть къ нему пріобщены по его распоряженію, если въ томъ встрѣтится надобность для разъясненія дѣла») такъ: «Если которая-либо изъ сторонъ утверждая или отрицая какой-либо фактъ, указываетъ на то, что подтверждающія его ссылку доказательства находятся въ такомъ-то дѣлѣ того же мирового судьи, но о приложеніи того дѣла къ данному не проситъ, судья самъ можетъ приложить то дѣло и провѣрить сдѣланную на него ссылку». Такое толкованіе ст. 82 нельзя не признать слишкомъ узкимъ! Въ силу буквальнаго смысла ст. 82, судья дѣйствуетъ по собственному почину («по его распоряженію»), а не по указанію или ссылкѣ сторонъ. Справочныя свѣдѣнія пріобщаются по его распоряженію, «если въ томъ встрѣтится надобность для разъясненія дѣла», а не «если сдѣлана ссылка тяжущимся», — какъ то полагаетъ г. Исаченко. Нельзя согласиться съ толкованіемъ и ст. 106. «Содержаніе письменныхъ доказательствъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ не можетъ быть опровергаемо показаніями свидѣтелей». Полагая, что подъ этимъ выраженіемъ законъ понимаетъ акты публичные (стран. 377 сл.), г. Исаченко защищаетъ сенатскую точку зрѣнія: содержаніе домашнихъ актовъ можетъ быть опровергаемо свидѣтельскими показаніями (стран. 375—378). Такое толкованіе мы считаемъ неправильнымъ. По смыслу дѣйствующихъ нашихъ законовъ, «совершеніе акта» имѣетъ значеніе окончательнаго созданія акта, т.-е. сообщенія волеизъявленію той внѣшней формы, какая предписывается закономъ, — будь то форма домашняя или публичная

[1]) См. Ельяшевичъ. Вѣстникъ гражданскаго права. 1913 г., № 3, стран. 49—51.

Digitized by Google

(ср. ст. 66 Нот. Полож.: «акты могутъ быть совершаемы, по усмотрѣнію сторонъ, порядкомъ или домашнимъ, или нотаріальнымъ»...), — толкованіе г. Исаченко противорѣчитъ и цѣли ст. 106: придать особую вѣру письменнымъ доказательствамъ, каковая была бы поколеблена, если бы мы допустили опроверженіе ихъ свидѣтельскими показаніями.

Институтъ признанія г. Исаченко разсматриваетъ сквозь призму «права распоряженія принадлежащими тяжущемуся имущественными правами» (Комментарій къ ст. 112). Это — односторонняя точка зрѣнія. Признаніе есть чисто процессуальный институтъ, а не матеріально-правовой (право распоряженія). Къ тому же, не всякое признаніе есть актъ отчужденія. Самъ Сенатъ противополагаетъ судебное признаніе акту распоряженія имуществомъ (см. К. Р. 1911 г., 51: сопопечитель не можетъ предпринимать дѣйствій, заключающихъ въ себѣ распоряженіе подъопечнымъ имуществомъ, но онъ можетъ дѣлать признаніе на судѣ по поводу этого имущества). Точка зрѣнія г. Исаченко приводитъ къ неправильнымъ выводамъ. Онъ отрицаетъ право дѣлать признаніе со стороны несовершеннолѣтняго между 17 и 21 годами (стран. 420). Можно подумать, что всякое признаніе есть ложное заявленіе! Какъ будто стороны въ процессѣ не обязаны къ справедливымъ и добросовѣстнымъ заявленіямъ, и признаніе a priori не можетъ быть констатированіемъ дѣйствительныхъ обстоятельствъ дѣла! На какомъ же основаніи несовершеннолѣтній, выступающій въ кругу своей процессуальной дѣеспособности, не можетъ дѣлать признанія? Въ силу какихъ соображеній мы должны уничтожить выясненное на судѣ этимъ признаніемъ истинное положеніе спорныхъ правъ должника? Точно такъ же на основаніи какого закона «недѣйствительно признаніе расточителя, если нѣтъ на то согласія его опекуна» (стран. 112)? Ст. 20 точно перечисляетъ тѣ процессуальныя дѣйствія, совершать которыя не можетъ расточитель, но среди нихъ мы не находимъ признанія. Наша точка зрѣнія вполнѣ, конечно, совмѣстима съ тѣмъ, что опекунъ (въ томъ же производствѣ) можетъ опровергнуть признаніе, учиненное расточителемъ, указавъ, что въ данномъ случаѣ признаніе было, въ сущности, уступкой.

На стран. 603 мы читаемъ: «Заочное рѣшеніе не можетъ быть постановляемо, во-первыхъ, когда истецъ не требуетъ этого... во-вторыхъ, когда въ дѣлѣ имѣются данныя для признанія неявки отвѣтчика по причинамъ, вполнѣ уважительнымъ и законнымъ. Такими, заслуживающими уваженія причинами должны признаваться: неполученіе отвѣтчикомъ вызова»...

Digitized by Google

Въ «Комментаріи» къ кн. II Уст. Гр. Суд. («Комм.», т. IV, вып. I, стран. 111) г. Исаченко обсуждалъ послѣдствія неявки отвѣтчика по причинѣ неврученія ему повѣстки о вызовѣ подъ другимъ и единственно правильнымъ угломъ зрѣнія: въ этомъ случаѣ само производство не можетъ имѣть мѣста. Нельзя говорить объ «уважительности неявки» и приравнивать ее къ фактической невозможности явки, разъ онъ не оповѣщенъ о производствѣ дѣла! Надо, впрочемъ, замѣтить, что погрѣшность г. Исаченко здѣсь не идетъ далѣе неточности выраженія (на стран. 609 онъ болѣе точно и вполнѣ правильно формулируетъ свою мысль).

Вотъ и всѣ несогласія нашихъ воззрѣній съ воззрѣніями автора. Надо ли говорить, что всѣ тѣ мелкія погрѣшности, которыя мы отмѣтили выше, нисколько не умаляютъ выдающихся достоинствъ рецензируемаго труда. Въ интересахъ будущности нашей обновленной мировой юстиціи остается пожелать возможно большаго распространенія этой полезной книги.

Т. Яблочковъ.

Издатель: Юридическое Общество
при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Редакторъ *Б. А. Кистяковскій.*

Digitized by Google

Приложеніе.

Протоколы засѣданій Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Журналъ Общаго Собранія Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Засѣданіе 28 января 1913 года.

Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ.**
Присутствовали 37 членовъ Общества.

1. Доложено о кончинѣ членовъ Общества гр. **Л. А. Комаровскаго** и **А. В. Погожева.**

Память покойныхъ членовъ почтена вставаніемъ.

2. Доложено отношеніе отъ Бюро Всероссійскаго Съѣзда дѣятелей по кустарной промышленности, адресованное на имя Предсѣдателя Общества, съ запросомъ, не приметъ ли Общество имени **А. И. Чупрова** участіе въ подготовительныхъ работахъ по III Съѣзду, главнымъ образомъ по разработкѣ статистическихъ вопросовъ, связанныхъ съ кустарною промышленностью, съ представленіемъ соотвѣтствующихъ докладовъ. Одновременно Предсѣдатель Комиссіи по статистикѣ кооперативовъ **С. Н. Прокоповичъ** сообщилъ, что въ данную минуту соотвѣтственныя работы производятся **А. С. Орловымъ, А. А. Рыбниковымъ, В. В. Хижняковымъ** и **Г. П. Петровымъ** и что таковыя могутъ послужить матеріаломъ для докладовъ.

Постановлено: принять къ свѣдѣнію отношеніе Бюро и заявленіе Предсѣдателя Комиссіи по статистикѣ кооперативовъ **С. Н. Прокоповича** и поручить Предсѣдателю Общества сообщить объ этомъ Бюро.

3. Доложена копія отношенія отъ Попечительства о трудовой помощи отъ 21 марта 1912 года за № 1456 на имя Ректора Императорскаго Московскаго Университета относительно представленія въ 1914 году на соисканіе преміи сочиненій по вопросамъ о призрѣніи бѣдныхъ, благотворительности и мѣропріятіяхъ, направленныхъ къ улучшенію условій труда и быта нуждающихся.

Digitized by Google

Постановлено отношеніе Попечительства принять къ свѣдѣнію.

4. Заслушанъ докладъ **А. Н. Зака** «Центральный Банкъ мелкаго кредита».

Тезисы къ докладу **А. Н. Зака** «Центральный банкъ мелкаго кредита»:

1. Основными функціями «Центральнаго банка мелкаго кредита» являются функція финансирующая и функція эквализаціонная; всѣ другія, въ томъ числѣ комиссіонная, являются лишь придатками, не могущими замѣнить въ дѣятельности центральнаго банка операцій: а) по снабженію мелко-кредитныхъ учрежденій средствами, взятыми извнѣ, и в) по распредѣленію географическихъ и временныхъ излишковъ,—скопляющихся у отдѣльныхъ мелко-кредитныхъ учрежденій низшихъ степеней—въ средѣ послѣднихъ.

2. Эквализаціонной функціи Московскому Народному банку и вообще всякому центральному банку мелкаго кредита въ Россіи не придется выполнять въ размѣрахъ, оправдывающихъ существованіе особаго банка кромѣ существующихъ уже земскихъ кассъ и союзовъ учрежденій мелкаго кредита.

3. Успѣшная эквализаціонная дѣятельность Варшавскаго банка кооперативныхъ товариществъ базируется на условіяхъ, которыя въ Россіи не имѣютъ мѣста.

4. Финансирующая функція, основная для центральнаго банка въ Россіи, въ настоящее время не по силамъ учрежденіямъ, подобнымъ Кустарному Пермскому и Московскому Народному банкамъ.

5. По соображеніямъ непосильности въ настоящее время грандіозныхъ финансовыхъ заданій, имѣющихъ россійское значеніе,—банкамъ, подобнымъ вышеназваннымъ, и по соображеніямъ реальной политики, единственно возможной формой организаціи финансированія мелкой сельско-хозяйственной промышленности является учрежденіе особаго государственнаго банка, темныя стороны котораго могутъ быть смягчены рядомъ мѣръ, долженствующихъ быть проведенными одновременно съ необходимой реформой нашихъ Государственнаго Дворянскаго и Крестьянскаго Поземельныхъ банковъ.

6. Мысль о нѣкоторыхъ темныхъ сторонахъ Государственнаго банка мелкаго кредита и надежда на возможные въ очень узкихъ рамкахъ успѣхи кооперативныхъ и тому подобныхъ банковъ не должны затемнять сознанія полной необходимости при настоящихъ условіяхъ и въ настоящее время учрежденія особаго Государственнаго банка мелкаго и промышленнаго кредита.

7. Государственный банкъ есть лишь стадія, минованіе которой и переходъ къ кооперативной и вполнѣ децентрализованной организаціи мелкаго кредита наступитъ тѣмъ скорѣе, чѣмъ скорѣе такой банкъ будетъ учрежденъ и начнетъ выполнять свои функціи по созданію базиса для финансово-самостоятельной дѣятельности мелко-кредитныхъ организацій низшихъ степеней.

Послѣ доклада послѣдовали пренія, сущность которыхъ сводилась къ слѣдующему:

Н. А. Каблуковъ заявилъ, что ссылка на него неправильна; на Кустарномъ Съѣздѣ въ С.-Петербургѣ онъ выступалъ противникомъ Государственнаго банка мелкаго кредита; онъ предлагалъ земству отнестись

Digitized by Google

осторожно къ Народному банку, въ уставѣ котораго роль кооперативовъ ограничена.

В. А. Перелешинъ, благодаря докладчика за разсѣяніе недоразумѣній около Народнаго банка и постановку важнаго вопроса о преобразованіи, Управленія по дѣламъ мелкаго кредита, полагалъ, что: а) у докладчика не всегда точная передача мысли цитируемыхъ авторовъ; б) средства кооперативовъ далеко не такъ относительно малы, какъ полагаетъ докладчикъ, въ суммѣ сальдо корреспондентскихъ счетовъ $^1/_8$ принадлежитъ кооперативамъ; в) за 8 мѣсяцевъ существованія Народный банкъ влилъ въ кооперативныя кассы до 2.132.000 рублей (Государственный банкъ на 1 января— 45 милліоновъ); г) конечно, для финансированія деревни необходимъ громадный капиталъ взамѣнъ извлеченныхъ оттуда сберегательными кассами полутора милліардовъ; д) докладчикъ не правъ въ своихъ пессимистическихъ выводахъ — кооперативныя учрежденія въ Россіи не всегда и не вездѣ слабы; по балансамъ 474 кооперативныхъ клiентовъ банка значится вкладовъ свыше 25 милліоновъ рублей; свободная наличность этихъ кооперативовъ — (въ кредитныхъ учрежденіяхъ)—3.201.000 рублей; е) свободная наличность кооперативовъ за 1909 годъ свыше 8 милліоновъ, при чемъ на одну Новороссію падаетъ свыше 2 милліоновъ (2211 т. р.); ж) Польша конечно, отличается, но стоитъ не выше, наприм., Новороссіи; есть нѣкоторые районы, которые стоятъ выше районовъ Царства Польскаго; з) ожиданія учредителей Народнаго банка могутъ быть признаны болѣе чѣмъ оправдавшимися.

В. Я. Желѣзновъ отмѣтилъ: а) докладчикъ излишне сгустилъ краски, преувеличивая значеніе государственнаго вмѣшательства и недоцѣнивая дѣятельность Народнаго банка (квалификація его «худосочнымъ»); опытъ Народнаго банка несомнѣнно удаченъ, и если онъ будетъ итти тѣмъ же темпомъ и далѣе, то скоро станетъ въ центрѣ русской кооперативной жизни; акціонерность по формѣ не мѣшаетъ ему быть кооперативнымъ по существу; б) съ аналогичными докладчику проектами выступали и ранѣе, но обычно люди, близкіе къ правительству; в) первымъ условіемъ должна быть самостоятельность; роль государства въ дѣлѣ мелкаго кредита велика, но **Желѣзновъ** противъ особой государственной организаціи; лучше было бы, если бы средства были переданы въ Центральный Кооперативный банкъ; г) русскія хозяйственныя условія неодинаковы съ условіями другихъ странъ; и даже среди отдѣльныхъ районовъ Россіи есть существенная разница; д) Центральный банкъ особенно тогда разовьетъ свою дѣятельность, когда будетъ въ состояніи опереться на мѣстные союзы кредитныхъ учрежденій; е) къ сожалѣнію, Общество мало освѣдомлено о Народномъ банкѣ, отсюда извѣстный «кубизмъ» въ оцѣнкѣ новаго учрежденія.

С. Н. Прокоповичъ указалъ: а) Докладчикъ говоритъ о Пермскомъ банкѣ, но Пермскій банкъ антикооперативенъ по существу (лишь 6% ссуды относятся къ кооперативамъ, и то ссуднымъ товариществамъ, а не кооперативнымъ). Пошатнувшееся положеніе Пермскаго банка объясняется появленіемъ кредитныхъ кооперативовъ, и теперь идетъ вопросъ о реорганизаціи Пермскаго банка. б) Мотивы докладчика къ организаціи Государственнаго банка неясны. в) Неправильно обвиненіе русскаго населенія въ инертности: за 10 лѣтъ кредитные кооперативы численно возросли почти въ 10 разъ (въ 1912 году 1 января свыше 8000; 10 лѣтъ тому назадъ между 800 и 900). г) Регулированіе кооперативной жизни со стороны правительства поведетъ къ насильственной хозяйственной перестройкѣ развивающейся организа-

Digitized by Google

ціи. д) Какъ ни необходимо было бы использовать въ цѣляхъ мелкаго кредита капиталы ссудо-сберегательныхъ кассъ, какъ ни важна государственная помощь, все же передавать въ руки государственной организаціи дѣло мелкаго кредита не слѣдовало бы; напротивъ, слѣдовало бы больше стремиться къ развитію самоуправленія и самодѣятельности. е) Московскій Народный банкъ идетъ по правильному пути. Основная мысль докладчика непріемлема.

И. Г. Коганъ находилъ: а) Цифры, приводимыя докладчикомъ, устарѣли — слишкомъ быстро растутъ кооперативы. б) Эквализаціонная функція Народнаго банка вполнѣ допустима, особенно когда въ будущемъ вырастутъ свободныя средства кооперативовъ. в) Главная функція Народнаго банка — посредническая между кооперативами и другими сферами хозяйственной жизни. Онъ имѣетъ возможность кредита въ Государственномъ банкѣ и кредита въ области частныхъ капиталовъ — возможно участіе коммерческихъ банковъ въ жизни Народнаго банка. Такимъ образомъ финансирующая функція вполнѣ обезпечена у Народнаго банка. г) Пермскій банкъ самъ по себѣ особыхъ симпатій не заслуживаетъ. д) Что отливъ и приливъ средствъ одновременны не только въ кооперативахъ, но и во всѣхъ кредитныхъ учрежденіяхъ Имперіи — это фактъ общеизвѣстный и давно учитываемый. е) Желательно развить дѣятельность Государственнаго банка, но передать въ руки Государства всю организацію мелкаго кредита невозможно. ж) Надо развить Народный банкъ, усилить его капиталъ, создать поддержку со стороны Государственнаго банка и частныхъ банковъ; способствовать развитію областныхъ учрежденій.

А. С. Орловъ считалъ: а) мысль докладчика — отрицаніе общественной самодѣятельности, но докладчикъ хочетъ «реальной» политики. б) Эквализаціонная дѣятельность вполнѣ возможна и можетъ быть очень велика, хотя бы въ силу громадныхъ колебаній въ уровнѣ % на всемъ протяженіи Россіи. в) Вполнѣ допустимъ ростъ вкладовъ въ кредитныхъ кооперативахъ за счетъ государственныхъ сберегательныхъ кассъ; несомнѣненъ ростъ технической стороны кооперативовъ и параллельно и ихъ кредитоспособности у населенія: отсюда вѣроятность притока средствъ въ кооперативныя кассы. г) Дѣятельность Народнаго банка вполнѣ говоритъ сама за себя и въ балансѣ на 1 января 1912 года очень значительная роль въ смыслѣ доставленныхъ средствъ принадлежитъ именно кредитнымъ товариществамъ. е) Вмѣшательство государства будетъ связано съ стѣсненіями, а съ финансовой т. з. врядъ ли очень увеличится сумма кредита. ж) Докладчикъ относится пренебрежительно къ посреднической дѣятельности Народнаго банка — между тѣмъ она вполнѣ жизненна и заслуживаетъ большаго развитія. з) Лучше пусть при всѣхъ отрицательныхъ сторонахъ существующихъ законовъ происходитъ органическій ростъ снизу, нежели лишенный корней ростъ сверху при наличности государственнаго вмѣшательства.

А. С. Нервушинъ находилъ, что докладчикъ сильно сгустилъ краски; разъ къ тому же населеніе инертно, надо содѣйствовать именно путемъ развитія его самодѣятельности, а не увеличивать инертность путемъ расширенія опеки. б) Неправильна крайне пессимистическая т. з. на Народный банкъ; нежелательно даже (оппонентъ «категорически протестуетъ противъ») опубликованіе настоящаго доклада — это могло бы повредить молодому учрежденію. в) Но излишенъ оптимизмъ по отношенію къ Народному банку со стороны отдѣльныхъ оппонентовъ, въ особенности поскольку онъ вызванъ анализомъ 8-мѣсячнаго баланса банка. **В. А. Перелешинъ**

Digitized by Google

говоритъ, что существуютъ крупныя свободныя средства въ Народномъ банкѣ и что ростъ ихъ будетъ итти въ возрастающемъ темпѣ. Врядъ ли. Здѣсь не принята во вниманіе характерная черта самаго послѣдняго времени — исключительно быстрое нахожденіе свободныхъ капиталовъ, низкій учетный % и т. п. (см. ст. С. Н. Прокоповича въ «Русск. Вѣдом.» 1 января 1913 г.). Наоборотъ сейчасъ начинаютъ какъ бы замѣчаться обратные симптомы. г) Докладчикъ не считаетъ возможнымъ крупной эквализаціонной функціи — но здѣсь очевидно не приняты во вниманіе крупныя районныя различія.

Н. В. Левитскій (гость, по разрѣшенію предсѣдателя и общаго собранія) полагалъ, что правительственное вмѣшательство не страшно для кооперативовъ, но необходимъ отпоръ докладчику, идущему противъ самодѣятельности Общества, противъ тѣхъ завѣтовъ, съ которыми связано имя того, въ честь кого основано Общество («Тѣнь Чупрова содрогнулась бы отъ такого доклада...») — (Замѣчаніе Предсѣдателя, что докладчикъ не возстаетъ противъ общественной самодѣятельности). Кооперативныя учрежденія имѣютъ воспитательное значеніе. Государство должно дать средства на мелкій кредитъ. Народный банкъ въ теперешнемъ его состояніи лишь небольшой ростокъ того, что должно мощно развиться въ будущемъ; сейчасъ еще ничего нельзя отъ него требовать. Особенно важна посредническая функція у кооперативовъ. Признакомъ и доказательствомъ возможности самодѣятельности въ деревнѣ являются ея громадныя сбереженія. У Народнаго банка должны еще сильнѣе быть развиты посредническія операціи. При разсмотрѣніи кооперативовъ необходима историческая перспектива.

Предсѣдатель **Н. А. Каблуковъ** вполнѣ присоединился къ характеристикѣ Пермскаго банка, сдѣланной **С. Н. Прокоповичемъ.** Развитіе вкладныхъ операцій вполнѣ допустимо и вѣроятно. Правда, въ этомъ отношеніи отрицательную роль играютъ правительственныя ссудо-сберегательныя кассы — на кооперативномъ съѣздѣ въ Ярославлѣ было даже высказано пожеланіе, чтобы ссудо-сберегательныя кассы не устраивались въ мѣстахъ кредитныхъ кооперативовъ. Въ п. 5 тезисовъ кроется противорѣчіе — созданіе Государственной Центральной и финансирующей организаціи и рядомъ съ этимъ констатированіе ея темныхъ сторонъ, которыя только медленно поддаются отмѣнѣ. Никакой Государственный банкъ не можетъ быть достаточно гибкимъ.

Докладчикъ возразилъ, что у **С. Н. Прокоповича** въ его книгѣ уже высказано сомнѣніе, что врядъ ли средства ссудо-сберегательныхъ кассъ когда-либо могли быть даны частному банку. Послѣдній тезисъ докладчика подтверждаетъ то, что въ государственномъ вмѣшательствѣ онъ видитъ лишь переходную стадію къ полной самодѣятельности общества. Недостаточно предоставить въ распоряженіе мелкаго кредита 50 милліоновъ рублей, какъ то дѣлаетъ теперь Государственный банкъ; необходимо вернуть въ деревню взятыя изъ нея 1,5 милліарда. Деревня нуждается именно теперь въ средствахъ въ связи съ землеустройствомъ. Финансирующая кооперативы функція должна быть выдѣлена изъ Государственнаго банка, но финансированіе со стороны государства необходимо; хоть и не какъ постоянная, а какъ переходная форма. Докладчикъ желаетъ полнаго прогресса Народнаго банка, но считаетъ немыслимымъ его единичное существованіе; переучетъ былъ бы моментомъ, удорожающимъ кредитъ, но вполнѣ возможно существованіе Народнаго банка на ряду съ Правительственнымъ. Въ Прусской Центральной Кассѣ уже намѣчены извѣстныя реформы. Докладчикъ не придаетъ крупнаго значенія существующимъ темнымъ сторонамъ Государственнаго

Digitized by Google

Банка; кредитныя товарищества все же созданы главнымъ образомъ имъ. Иначе какъ съ помощью и при наличности Государственнаго Банка Мелкаго Кредита нѣтъ возможности достать крупныя средства, нельзя использовать средства ссудо-сберегательныхъ кассъ. Частные банки врядъ ли пойдутъ на помощь Народному банку. Блестящее положеніе народныхъ банковъ въ Италіи констатируется въ промышленныхъ провинціяхъ (у насъ аналогія—Польша, Прибалтійскія губерніи). Посредническая дѣятельность Народнаго банка можетъ легко стать конкурентомъ дѣятельности земскихъ кассъ.

Въ заключеніе доклада Предсѣдатель счелъ нужнымъ отмѣтить, что мысль докладчика не было раздѣлена по существу присутствующими, и въ то же время предложилъ выразить благодарность докладчику за поставленный имъ вопросъ, столь назрѣвшій въ настоящее время. Предложеніе было единогласно принято.

5. Былъ поставленъ на обсужденіе вопросъ о годичномъ собраніи Общества и могущихъ встрѣтиться затрудненіяхъ для назначенія его согласно Уставу на 24 февраля.

Постановлено поручить разсмотрѣніе этого вопроса Совѣту Общества.

Предсѣдатель *Н. Каблуковъ.*
Секретарь *Н. Пѣтуховъ.*

Журналъ Годичнаго Общаго Собранія Общества имени **А. И. Чупрова** для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Засѣданіе 24 февраля 1913 года.

Прибыло 36 членовъ и Предсѣдатель Общества **Н. А. Каблуковъ.**

Въ виду неприбытія законнаго для Годичнаго Собранія числа согласно § 25 Устава Предсѣдатель Общества предложилъ считать собраніе несостоявшимся и перенести таковое на 1 марта 1913 года (Чрезвычайное Собраніе, замѣняющее собою годичное собраніе съ намѣченнымъ на это число докладомъ **А. А. Мануилова**).

Предсѣдатель *Н. Каблуковъ.*
Секретарь *Н. Пѣтуховъ.*

Журналъ Чрезвычайнаго Общаго Собранія Общества имени **А. И. Чупрова** для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Засѣданіе 1 марта 1913 года.

Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ.**
Присутствовало 68 членовъ Общества.

1. Доложенъ отчетъ Совѣта о дѣятельности всего Общества за періодъ съ момента возникновенія Общества по 24 февраля 1913 года (см. ниже).

Постановлено отчетъ Совѣта утвердить.

2. Поставлено на обсужденіе предложеніе Совѣта объ измѣненіи § 2 Наказа Отдѣленіямъ въ смыслѣ выбора президіума срокомъ не на одинъ

Digitized by Google

годъ, а на 2 года, и о продолженіи полномочія существующихъ Президіумовъ до января 1914 года.

Предложеніе принято большинствомъ противъ двухъ голосовсъ. Заявлено особое мнѣніе члена Общества **А. Е. Лосицкаго** (см. ниже).

3. Доложено заявленіе, поданное въ Совѣтъ Общества и подписанное 22 членами, о желательности открыть при Обществѣ Отдѣленіе Соціальной Политики и предложеніе Совѣта открыть означенное Отдѣленіе, распространивъ на него существующій Наказъ Отдѣленіямъ Общества.

Постановлено согласиться съ предложеніемъ Совѣта и открыть Отдѣленіе Соціальной Политики, подчинивъ его правиламъ дѣйствующаго Наказа Отдѣленіямъ Общества.

4. Заслушанъ докладъ **А. А. Мануилова** «О предметѣ и характерѣ теоретической Экономіи». Передъ докладомъ **А. А. Мануиловъ** произнесъ нѣсколько словъ въ память Карла Маркса (по случаю 30-лѣтія со дня его кончины 1 марта 1883 года) и А. И. Чупрова.

Послѣ доклада между **С. Н. Булгаковымъ, В. Я. Желѣзновымъ, С. А. Котляревскимъ** и **М. Д. Загряцковымъ** послѣдовали пренія, сущность которыхъ заключалась въ слѣдующемъ:

Пренія въ главной своей части свелись къ спору о значеніи Рикардо въ теоретической Политической Экономіи — спору, въ которомъ, съ одной стороны, принимали участіе **С. Н. Булгаковъ**, съ другой — **В. Я. Желѣзновъ** и самъ докладчикъ. **С. Н. Булгаковъ** полагалъ, что Политическая Экономія при своемъ зарожденіи включала въ себя въ смѣшанномъ видѣ и чисто эмпирическіе моменты, и общія положенія; въ то же время она не касалась гносеологическихъ проблемъ (напр., признака своей конститутивности). Эмпирическій матеріалъ даетъ базу для теоретическаго фундамента и для самаго зданія науки. Отсюда передъ Политической Экономіей, именно передъ ея теоретической частью, лежитъ задача разработки основныхъ гносеологическихъ проблемъ, и дальнѣйшаго приближенія къ жизненности — въ этомъ С. Н. Булгаковъ сходился съ докладчикомъ. У самого же Рикардо нѣтъ различія между эмпирикой и надъисторической теоретизаціей. На вопросъ **В. Я. Желѣзнова**, въ какой же области Рикардо теоретизируетъ, **С. Н. Булгаковъ** указалъ главнымъ образомъ на теорію заработной платы и теорію налоговъ. На возраженіе В. Я. Желѣзнова, что въ предпосылкахъ Рикардо есть, конечно, пробѣлы, но нѣтъ измышленія (особенно принимая во вниманіе его эпоху) — наоборотъ, есть рѣдкая проницательность при обобщеніи (даже въ теоріи распредѣленія нѣтъ «игры ума) — **С. Н. Булгаковъ** отвѣтилъ, что, конечно, измышленій у Рикардо нѣтъ, но недостатокъ его — чрезмѣрная теоретизація двухъ-трехъ сторонъ дѣйствительности. Изолирующій методъ Рикардо (въ теоріи распредѣленія), его способность логической конструкціи на основаніи данныхъ, добытыхъ при помощи этого метода, дѣлаютъ его привлекательнымъ и потому болѣе опаснымъ въ смыслѣ пріученія къ теоретизированію. Съ этой точки врѣнія Шмоллера слѣдуетъ предпочесть Рикардо. Съ своей стороны **В. Я. Желѣзновъ** возражалъ въ томъ смыслѣ, что методъ Рикардо въ области теоріи распредѣленія привелъ къ такимъ блестящимъ построеніямъ, какъ теорія ренты. Упреки въ склонности къ теоретизированію часто вызываются неудачнымъ способомъ выраженія у Рикардо. Его нельзя упрекать въ односторонности и во всякомъ случаѣ путь, указанный имъ, весьма плодотворенъ для теоретическаго изслѣдованія. Замѣчанія докладчика сводились къ тому,

Digitized by Google

что всякая теорія, имѣющая, какъ таковая, общее значеніе, не можетъ исчерпать дѣйствительности — она всегда будетъ отъ нея на извѣстномъ разстояніи. Но даже въ простомъ эмпирическомъ описаніи есть уже моментъ теоріи, ибо описанію съ извѣстной точки врѣнія всегда предшествуетъ извѣстный отборъ признаковъ. У Рикардо не было яснаго разграниченія между теоріей и историческимъ разсмотрѣніемъ, но нельзя отказать въ жизненности и значительности его предпосылкамъ. Его теоріи имѣютъ громадное значеніе для настоящаго времени, и приближеніе ихъ къ дѣйствительности можетъ осуществляться путемъ внесенія опредѣленныхъ поправокъ. Отсюда вполнѣ понятенъ лозунгъ послѣдняго времени. «Zurück zu Ricardo».

С. А. Котляревскій указалъ на чрезвычайно интересное вліяніе въ экономической литературѣ Риккерта и философской мысли вообще. Политическая Экономія создалась въ атмосферѣ раціонализма и имѣла свой періодъ романтики, какъ реакцію противъ раціонализма. Но есть ли Политическая Экономія знаніе обобщающее или индивидуализирующее? Возможна ли Политическая Экономія абсолютно генерализирующаго типа? Возможна ли такимъ образомъ теоретическая Политическая Экономія? И не является ли теорія Политической Экономіи совокупностью рабочихъ гипотезъ?

А. А. Мануиловъ находилъ, что общая теорія Политической Экономіи возможна и притомъ, исходя главнымъ образомъ изъ теоріи обмѣна — въ этомъ направленіи есть уже попытки (Шумпетеръ). Вѣдь Политическая Экономія есть главнымъ образомъ ученіе объ обмѣнѣ во всѣхъ его проявленіяхъ и даже въ будущемъ, при иныхъ формахъ хозяйства, все же Политическая Экономія должна строиться такъ, какъ если бы существовалъ обмѣнъ — фактъ въ этомъ смыслѣ надъисторическій. Съ другой стороны теорія народнаго хозяйства — эмпирическая дисциплина. Такимъ образомъ есть основаніе полагать, что теорія можетъ дать положительные результаты. Вліяніе Риккерта въ Политической Экономіи весьма значительно.

М. Д. Загряцковъ полагалъ, что лозунгъ въ германской литературѣ связанъ съ извѣстными групповыми интересами; нѣтъ, кромѣ того, основаній считать, что существуетъ и должно существовать столь рѣзкое противопоставленіе между Политической Экономіей и эмпирической политикой.

А. А. Мануиловъ возразилъ, что въ современной экономической наукѣ уже совершенно выяснена разница между теоріей и политикой, сферами приложеній категорій сущаго и должнаго. Отсюда политика не должна эксплуатировать теорію; не должна вносить въ нее своихъ лозунговъ.

Въ заключеніе послѣдовало резюмэ Предсѣдателя, указавшаго на выдающійся интересъ и важность темы доклада, вызвавшаго столь оживленныя и широко захватывающія пренія.

5. Доложенъ денежный отчетъ Совѣта за періодъ съ момента Общества по 1 января 1913 года (см. ниже).

Постановили означенный отчетъ утвердить.

6. Заслушано заключеніе Ревизіонной Комиссіи и ея предложеніе утвердить отчетъ.

Постановлено принять къ свѣдѣнію.

7. Доложена смѣта (см. ниже) составленная Совѣтомъ, на 1913 годъ (по 1 января 1914 года), въ размѣрѣ 1250 рублей, и предложеніе Совѣта, если не будетъ въ декабрѣ 1913 года созвано чрезвычайнаго Общаго Собранія, расходовать въ періодъ съ 1 января по 24 февраля 1914 года пропорціонально утвержденной смѣтѣ на 1913 годъ (т.-е. въ размѣрѣ $^1/_6$ утвержденной смѣты).

Постановлено утвердить смѣту и согласиться съ предложеніемъ Совѣта.

Digitized by Google

8. Затѣмъ послѣдовали выборы должностныхъ лицъ Общества на 1913—1914 годъ, при чемъ оказались избранными:

Предсѣдатель	**Н. А. Каблуковъ.**
Тов. Предсѣдателя	**В. Я. Желѣзновъ.**
» »	**С. Н. Булгаковъ**
Казначей	**Н. П. Гепзель.**
Секретарь	**Н. Г. Пѣтуховъ.**
Тов. Секретаря	**Л. Б. Кафенгаузъ.**
» »	**Н. А. Свавицкій.**
Члены Совѣта	**А. А. Мануиловъ.**
» »	**А. А. Чупровъ.**
» »	**А. В. Горбуновъ.**
» »	**М. Д. Загрящковъ.**
» »	**В. И. Анисимовъ.**
Библіотекарь	**Н. А. Свавицкій.**
Члены Рев. Комиссіи	**В. А. Перелешинъ.**
» » »	**Н. Г. Коганъ.**
» » »	**В. С. Малченко.**
» » »	**А. Е. Лосицкій.**
» » »	**П. А. Бурышкинъ.**

За отказомъ отъ должности Товарища Секретаря Н. А. Свавицкаго была произведена баллотировка шарами слѣдующаго по числу поданныхъ голосовъ кандидата Л. Н. Литошенко, который и оказался избраннымъ большинствомъ противъ 2 голосовъ.

Предсѣдатель *Н. Каблуковъ.*

Секретарь *Н. Пѣтуховъ.*

Digitized by Google

ОТЧЕТЪ СОВѢТА ОБЩЕСТВА имени А. И. Чупрова.

За періодъ съ момента возникновенія Общества по 24 февраля 1913 года.

(Докладъ Секретаря Общества Годичному общему Собранію 24 февраля 1913 года.)

24 февраля 1913 года Общество имени Александра Ивановича Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ вступаетъ во вторую офиціальную годовщину своего существованія. Въ этотъ день, посвященный свѣтлой памяти русскаго ученаго — изслѣдователя общественной и хозяйственной жизни родной страны, имя котораго носитъ Общество, Совѣтъ Общества, согласно уставу, имѣетъ честь довести до свѣдѣнія гг. членовъ нижеслѣдующія данныя о дѣятельности Общества за истекшій годъ, точнѣе — за время съ момента его основанія въ послѣдніе мѣсяцы 1911 года по 24 февраля 1913 года.

Къ 24 февраля 1913 года Общество имени Александра Ивановича Чупрова, кромѣ своей дѣятельности, какъ Общество въ цѣломъ, включало въ свой составъ открытыя на годичномъ Общемъ собраніи 24 февраля 1912 года и функціонировавшія согласно наказу въ предѣлахъ соотвѣтствующей спеціальности три отдѣленія: отдѣленіе теоретической экономіи, отдѣленіе статистики и отдѣленіе соціальной исторіи. Въ настоящее Собраніе Совѣтъ вноситъ предложеніе объ открытіи четвертаго отдѣленія — отдѣленія соціальной политики. Сверхъ того, постановленіемъ Совѣта отъ 4 декабря 1912 года по предложенію отдѣленія статистики были учреждены при означенномъ отдѣленіи двѣ комиссіи — одна — спеціально для разработки вопросовъ земской статистики, другая — вопросовъ статистики кооперативовъ.

Въ личномъ составѣ Общества его наиболѣе характерной чертой долженъ быть отмѣченъ чрезвычайно быстрый ростъ числа членовъ, свидѣтельствующій о томъ, насколько потребность въ организованномъ изученіи и обмѣнѣ мнѣніями по вопросамъ изъ области общественныхъ наукъ въ самомъ широкомъ смыслѣ слова является назрѣвшей. Къ 24 февраля 1913 года въ Обществѣ состояло 326 членовъ; сверхъ того, Общество потеряло за отчетный періодъ четырехъ скончавшихся членовъ изъ числа членовъ-учредителей и дѣйствительныхъ членовъ. Память ихъ — память профессора Габріэля Феликсовича Шершеневича, профессора гр. Леонида Алексѣевича Камаровскаго, основателя Соціальнаго музея Александра Васильевича Погожева и Георгія Александровича Позднякова была отмѣчена въ соотвѣтствующихъ засѣданіяхъ Об-

Digitized by Google

щества и почтена вставаніемъ. Сверхъ того, въ память покойнаго Габріэля Феликсовича Шершеневича Общество имени Александра Ивановича Чупрова, совмѣстно съ Московскимъ Юридическимъ обществомъ устроило 18 ноября 1912 года публичное засѣданіе съ рядомъ докладовъ, посвященныхъ имени покойнаго, столь близко стоявшаго къ факту созданія и организаціи Общества.

Составъ Общества болѣе подробно представляется въ данную минуту въ слѣдующемъ видѣ: членами Общества состоятъ 304 мужчины и 22 женщины; изъ нихъ 232 живутъ въ Москвѣ и въ пригородныхъ мѣстностяхъ Москвы и 94 — въ другихъ городахъ.

Между прочимъ, въ число иногородныхъ членовъ входятъ представители 20 губернскихъ статистическихъ центровъ провинціи (Черниговъ, Тула, Пенза, Смоленскъ, Кострома, Саратовъ, Харьковъ, Самара, Уфа, Тверь, Орелъ, Тамбовъ, Ярославль, Владиміръ, Псковъ, Вологда, Полтава, Кіевъ, Калуга, Новгородъ). Представители Московскаго Земства включены въ число членовъ, живущихъ въ Москвѣ.

Параллельно, въ составѣ открытыхъ — упомянутыхъ выше — трехъ отдѣленій состояло членовъ:

въ отдѣленіи Теоретической Экономіи	70 чл.
въ отдѣленіи Статистики	156 »
въ отдѣленіи Соціальной Исторіи	61 »

Быстрое развитіе личнаго состава Общества станетъ еще болѣе очевиднымъ, если принять во вниманіе, что личный составъ другихъ Обществъ, функціонирующихъ при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ, если судить по даннымъ Отчета Университета за 1912 годъ, колеблется, исключая узко-спеціальныя медицинскія общества, между 169 и 676.

Составъ должностныхъ лицъ Общества имени Александра Ивановича Чупрова, его отдѣленій и комиссій за отчетный періодъ представляется въ слѣдующемъ видѣ. Въ Учредительномъ Собраніи, имѣвшемъ мѣсто 7-го декабря 1911 года, по предложенію Декана Юридическаго Факультета, нынѣ покойнаго графа Леонида Алексѣевича Комаровскаго былъ избранъ особый организаціонный Совѣтъ Общества, въ составъ котораго вошли: Предсѣдателемъ — **Н. А. Каблуковъ,** Товарищемъ Предсѣдателя — **С. Н. Булгаковъ,** Казначеемъ — **П. П. Гензель,** Секретаремъ — **Н. Н. Шапошниковъ;** членами Совѣта: **А. А. Мануиловъ, А. А. Чупровъ, А. В. Горбуновъ, М. Д. Загряцковъ и Н. Н. Полянскій.** Въ засѣданіи Общества отъ 18-го декабря Организаціонный Совѣтъ уступилъ мѣсто Совѣту Общества, въ который оказались избранными тѣ же лица и на тѣ же должности съ тѣмъ лишь измѣненіемъ, что въ лицѣ **В. Я. Желѣзнова** былъ избранъ второй Товарищъ Предсѣдателя Общества. Согласно уставу 24 февраля 1912 года состоялось переизбраніе Президіума, Членовъ Совѣта и Ревизіонной Комиссіи, которыя и конституировались въ слѣдующемъ, оставшемся безъ измѣненія до сего дня, составѣ:

Предсѣдатель Общества **Н. А. Каблуковъ.**

Товарищи Предсѣдателя: **В. Я. Желѣзновъ и С. Н. Булгаковъ.**

Члены Совѣта: **А. А. Мануиловъ, А. А. Чупровъ, В. И. Анисимовъ, М. Д. Загряцковъ, А. В. Горбуновъ.**

Казначей **Н. П. Гензель.**

Секретарь **Н. Г. Пѣтуховъ.**

Товарищи Секретаря: **Л. Б. Кафенгаузъ и Н. А. Свавицкій.**

Библіотекарь **Н. А. Свавицкій.**

Digitized by Google

Въ составъ Ревизіонной Комиссіи вошли: **В. А. Перелешинъ, И. Г. Коганъ, А. Е. Лосицкій, П. А. Бурышкинъ и В. С. Малченко.**

Въ засѣданіи Общества отъ 6 октября 1912 года былъ избранъ президіумъ трехъ отдѣленій Общества, при чемъ составъ ихъ опредѣлился слѣдующимъ образомъ:

Отдѣленіе Теоретической Экономіи:

Предсѣдатель **А. А. Мануиловъ.**
Товарищи Предсѣдателя: **В. Я. Желѣзновъ и Н. Н. Шапошниковъ.**
Секретари: **Л. П. Юровскій и Л. Б. Кафенгаузъ.**

Отдѣленіе Статистики:

Предсѣдатель **С. Н. Прокоповичъ.**
Товарищъ Предсѣдателя **В. И. Анисимовъ.**
Секретари: **Н. А. Свавицкій и В. В. Дмитріевъ.**

Отдѣленіе Соціальной Исторіи:

Предсѣдатель **Д. А. Петрушевскій.**
Товарищъ Предсѣдателя **В. Н. Сторожевъ.**
Секретарь **З. Е. Модестова.**

Всѣ означенныя лица согласно § 14 Устава вошли въ составъ Совѣта Общества.

Въ Комиссіяхъ, учрежденныхъ при Статистическомъ Отдѣленіи Общества, въ составъ Президіума оказались избранными:

Въ Комиссію по Земской Статистикѣ:

Предсѣдателемъ **Н. А. Каблуковъ.**
Товарищами Предсѣдателя: **В. И. Анисимовъ и Н. И. Воробьевъ.**
Секретарями: **Н. А. Свавицкій и М. И. Богомазовъ.**

Предсѣдателемъ Комиссіи по Статистикѣ Кооперативовъ состоялъ **С. Н. Прокоповичъ.**

Составъ должностныхъ лицъ въ Отдѣленіяхъ и Комиссіяхъ Общества оставался безъ перемѣнъ, и нынѣ Совѣтъ общества входитъ въ Годичное Общее Собраніе съ предложеніемъ продлить полномочіе Президіумовъ Отдѣленій до января 1914 года, соотвѣтственно измѣнивъ п. 2-й Наказа.

За отчетный періодъ Совѣтъ Общества имѣлъ 11 засѣданій.

За то же время Общество имѣло 9 общихъ собраній: 1 публичное и 8 закрытыхъ.

1) Первое засѣданіе 7. XII. 1911 носило организаціонный характеръ такъ же, какъ и

2) Второе засѣданіе 18. XII. 1911, посвященное, съ другой стороны, обсужденію вопроса объ изданіи собственнаго печатнаго органа.

3) Третье засѣданіе 24. II. 1912 было Годичнымъ Общимъ Собраніемъ Общества.

Digitized by Google

4) На четвертомъ засѣданіи 29. II. 1912 состоялся докладъ С. Н. Булгакова: «Личность въ соціальной наукѣ».

5) На пятомъ засѣданіи 7. IV. 1912 состоялся докладъ проф. А. Ф. Фортунатова «О студенческихъ занятіяхъ по обществовѣдѣнію».

6) Шестое засѣданіе 6. X. 1912 было посвящено организаціи Отдѣленій и разсмотрѣнію Наказа.

7) На седьмомъ засѣданіи 19. X. 1912 состоялся докладъ А. А. Мануилова: «Новѣйшее законодательство о поземельной общинѣ, его характеристика и результаты».

8) На восьмомъ засѣданіи 18. XI. 1912 (публичномъ, совмѣстномъ съ Московскимъ Юридическимъ Обществомъ и посвященномъ памяти Члена-учредителя Общества имени А. И. Чупрова — Габріэля Феликсовича Шершеневича), состоялись доклады:

Н. В. Тесленко: «Г. Ф. Шершеневичъ — общественный дѣятель».

А. Э. Вормсъ: «Профессоръ Г. Ф. Шершеневичъ, какъ коммерсіалистъ».

И. А. Кистяковскій: «Г. Ф. Шершеневичъ, какъ цивилистъ».

А. Р. Ледницкій: «Воспоминанія о Г. Ф. Шершеневичѣ».

9) На девятомъ засѣданіи 28. I. 1913 состоялся докладъ А. Н. Зака: «Центральный банкъ Мелкаго Кредита».

Дѣятельность отдѣленій выравилась за отчетный періодъ въ слѣдующемъ:

Въ отдѣленіи Теоретической экономіи были прочтены слѣдующіе доклады:

13 ноября 1912 года — Н. Г. Пѣтуховымъ: «Новѣйшія теченія въ толкованіи догматической стороны ученія о рентѣ Д. Рикардо».

30 ноября 1912 года — М. Д. Загряцковымъ: «Теоріи городской ренты» и

31 января 1913 года — Н. Н. Шапошниковымъ: «Новѣйшія теченія въ теоріи распредѣленія».

Въ отдѣленіи Статистики были прочтены слѣдующіе доклады:

22 октября 1912 года — В. Г. Романъ: «Объ организаціи основныхъ оцѣночно-статистическихъ изслѣдованій при научномъ Обществѣ и проектъ плана организаціи изслѣдованія Юго-Западной области».

10 ноября 1912 года — Д. Н. Иванцовымъ: «Колебаніе русскихъ урожаевъ за послѣднее тридцатипятилѣтіе».

15 января 1913 года — П. А. Вихляевымъ: «О предполагаемой переписи населенія Московской губерніи и ея программѣ».

22 января 1913 года — А. И. Ярошевичемъ: «Производительность сельскаго хозяйства Юго-Западнаго края въ освѣщеніи статистики перевозовъ».

20 февраля 1913 года — состоялось засѣданіе, имѣвшее цѣлью выработать планъ занятій комиссіи по вопросамъ земской статистики; также состоялся докладъ А. Н. Челинцева: «О сельско-хозяйственныхъ раіонахъ по даннымъ статистики перевозовъ».

24 февраля 1913 года былъ прочтенъ докладъ **А. А. Кауфманъ:** «Статистическая разборка писцовыхъ книгъ Шелонской Пятины 1498 года».

Въ отдѣленіи соціальной исторіи были прочтены слѣдующіе доклады:

4 декабря 1912 года — **Н. М. Никольскимъ:** «Къ вопросу о феодальныхъ отношеніяхъ въ древнемъ Израилѣ».

29 января 1913 года — **С. Б. Веселовскимъ:** «Мірская раскладка податей на посадахъ и въ черныхъ и дворцовыхъ волостяхъ въ XVII вѣкѣ».

Digitized by Google

Сверхъ того, Комиссія по вопросамъ земской статистики имѣла 9 засѣданій; на совѣщаніи, устроенномъ ею на масляничной недѣлѣ сего года, были прочтены слѣдующіе доклады: **А. А. Кауфмана** («О бюджетныхъ изслѣдованіяхъ»), **В. А. Анисимова, В. Г. Громана** и **А. А. Кауфмана** («О пріемахъ группировки крестьянскихъ хозяйствъ»), **В. И. Серебрякова** («Положеніе оцѣночныхъ работъ въ Саратовской губерніи»), **Е. В. Пашковскаго** («О положеніи оцѣночныхъ работъ въ Вологодской губерніи»), **М. П. Красильникова** («О положеніи оцѣночныхъ работъ въ Уфимской губерніи»), **Я. В. Бляхера** («Объ оцѣночныхъ районахъ»), **С. М. Орженскаго** («По поводу оцѣнки промышленныхъ заведеній»), **А. А. Рыбникова** («О спеціальныхъ экономическихъ изслѣдованіяхъ») и **Н. В. Романова** («Объ организаціи статистики и статистиковъ»); кромѣ того, доклады **А. Н. Дядченко** и самой Комиссіи по вопросу объ изданіи Статистическаго журнала.

Комиссія по статистикѣ кооперативовъ имѣла 4 засѣданія. Число ея членовъ было 14. Результатами занятій явились изслѣдованія по кредитнымъ кооперативамъ, которыя въ ближайшемъ времени и должны будутъ выйти въ свѣтъ подъ заглавіемъ: «Статистика Кооперативныхъ Товариществъ».

Общее число засѣданій Совѣта, Общества, его Отдѣленій и Комиссій выразилось въ цифрѣ 44, при чемъ былъ прочтенъ 31 докладъ.

Въ своемъ засѣданіи отъ 25 сентября 1912 года Совѣтъ поручилъ разослать согласно пожеланію, высказанному на имѣвшемъ мѣсто въ августѣ 1912 года съѣздѣ земскихъ статистиковъ при Московской Губернской Земской Управѣ, завѣдующимъ статистическимъ бюро при Земствахъ особыя приглашенія принять участіе въ работахъ Общества и высказаться по поводу тѣхъ вопросовъ и матеріаловъ, которые накопились въ соотвѣтствующихъ учрежденіяхъ и относительно которыхъ было бы желательно широкое обсужденіе. Позднѣе въ отвѣтъ на эти приглашенія было получено нѣсколько заявленій, переданныхъ въ отдѣленіе статистики для болѣе подробнаго разсмотрѣнія.

За истекшій періодъ Общество получило приглашеніе отъ Бюро Съѣздовъ дѣятелей по кустарной промышленности принять участіе въ подготовительныхъ работахъ къ съѣзду въ мартѣ 1913 года. Приглашеніе, обращенное къ членамъ Общества, было получено также отъ Бюро XIII съѣзда Естествоиспытателей и Врачей въ Тифлисѣ въ 1913 году.

Съ начала 1913 года Общество имени Александра Ивановича Чупрова начинаетъ имѣть научный органъ, хотя и не собственный, но въ которомъ оно принимаетъ постоянное участіе. Въ годичномъ общемъ собраніи 24 февраля 1912 года было принципіально постановлено — согласиться на предложеніе Московскаго Юридическаго Общества и принять участіе въ журналѣ, издаваемомъ подъ названіемъ: **«Юридическій Вѣстникъ». — Журналъ Московскаго Юридическаго Общества, издаваемый при содѣйствіи Петербургскаго Юридическаго Общества и Общества имени Александра Ивановича Чупрова для разработки общественныхъ наукъ.** Тогда же редакторомъ Экономическаго Отдѣла былъ избранъ членъ Совѣта Общества и Предсѣдатель отдѣленія Теоретической Экономіи Александръ Аполлоновичъ **Мануиловъ.** Въ первой книгѣ журнала, которая должна выйти въ началѣ марта сего года, научно-публикаціонная дѣятельность Общества открывается со статьи Александра Аполлоновича: «Къ вопросу о предметѣ и характерѣ теоретической экономіи». Содержаніе статьи, кромѣ того, будетъ доложено на сегодняшнемъ Общемъ Собраніи.

Digitized by Google

Сверхъ того, въ Комиссіи по вопросамъ Земской Статистики возникла мысль о необходимости изданія собственнаго журнала, посвященнаго вопросамъ теоріи и практики статистики въ Россіи и за границей. Въ данную минуту вопросъ этотъ переданъ въ особо избранную Комиссію.

Развивающаяся дѣятельность Общества ставитъ на очередь одинъ вопросъ: вопросъ о библіотекѣ. Совѣтъ Общества, разсмотрѣвъ проектъ и смѣту по организаціи библіотеки, составленную библіотекаремъ Общества Николаемъ Андреевичемъ **Свавицкимъ,** внесъ въ смѣту 1913 года, нынѣ предлагаемую вниманію членовъ Общества, сумму въ 200 рублей на этотъ предметъ. Цѣль Совѣта въ данное время — развить возможно широкія сношенія съ Правительственными, Земскими и Городскими учрежденіями съ тѣмъ, чтобы получать отъ нихъ тѣ изданія, которыя такъ трудно доступны отдѣльнымъ изслѣдователямъ и которыя, являясь въ большинствѣ случаевъ результатомъ непосредственныхъ наблюденій надъ жизнью, содержатъ въ себѣ подчасъ самый цѣнный и свѣжій матеріалъ и такъ легко переходятъ въ область научно-библіографическихъ рѣдкостей.

Въ заключеніе отчета за первый официальный годъ существованія общества Совѣтъ считаетъ долгомъ высказать свой общій взглядъ на положеніе дѣла. Строго научное по существу, научное по методамъ и принципамъ, положеннымъ въ основаніе своей дѣятельности, носящее имя русскаго ученаго-экономиста, Общество обнимаетъ собою въ настоящее время широкую область общественныхъ наукъ, начиная отъ строго теоретической части и до индуктивнаго изученія жизненнаго процесса путемъ наблюденія реальныхъ явленій; отъ внѣвременныхъ философски-соціальныхъ проблемъ до историческихъ изслѣдованій, охватывающихъ, каждое въ отдѣльности, болѣе или менѣе узкій историческій періодъ и формально не связанныхъ ни съ однимъ изъ нихъ. Какъ ни коротка дѣятельность Общества, совокупность прочитанныхъ въ немъ докладовъ уже даетъ картину его дѣятельности.

Предсѣдатель Общества *Н. Каблуковъ.*

Секретарь *Н. Пѣтуховъ.*

Особое мнѣніе **А. Е. Лосицкаго,** члена Общества имени А. И. Чупрова.

Въ наказѣ отдѣленіямъ Общества, утвержденномъ Общимъ Собраніемъ Общества 6 октября 1912 года, избраніе президіума отдѣленій предоставляется отдѣленіямъ безъ ограниченія этого права (§ 2), а, стало быть, это право простирается и на переизбраніе, продленіе полномочій президіума и т. д. По § 3 того же наказа «во всѣхъ постановленіяхъ отдѣленія, выборахъ президіума и обсужденіи другихъ дѣлъ, касающихся отдѣленія, могутъ принимать участіе только его непосредственные члены», и не могутъ принимать участія другіе члены Общества, не вошедшіе въ составъ отдѣленія согласно § 1-му наказа.

Между тѣмъ въ настоящемъ засѣданіи Общее Собраніе Общества, по предложенію Предсѣдателя Общества, приняло къ своему разсмотрѣнію вопросъ о продленіи полномочій президіумовъ отдѣленій Общества и затѣмъ рѣшило этотъ вопросъ, а не передало его на рѣшеніе отдѣленій (§ 2), въ составѣ членовъ, указанномъ § 3-мъ наказа, чѣмъ явно нарушило упомянутый наказъ.

Digitized by Google

Мнѣ кажется, что, изъ уваженія къ своимъ собственнымъ постановленіямъ, Общество обязано соблюдать данный имъ самому себѣ законъ. Поэтому я считаю своимъ долгомъ протестовать противъ внесенія домашнихъ пріемовъ въ общественное дѣло, воздержаться отъ участія въ рѣшеніи настоящимъ собраніемъ упомянутаго вопроса и заявить о незаконности этого рѣшенія.

Отчетъ Казначея Общества имени А. И. Чупрова о доходахъ и расходахъ Общества за время съ 18 декабря 1911 г. по 1 января 1913 г.

ПОСТУПИЛО:

(115) сто пятнадцать членскихъ взносовъ по 5 рублей	575 р.	— к.
Начислено процентовъ по текущему счету у И. В. Юнкеръ и К°.	10 »	50 »
Итого поступило	585 р.	50 к.

ИЗРАСХОДОВАНО:

На изготовленіе и разсылку повѣстокъ	64 р.	65 к.	
На канцелярскіе расходы, талонныя книжки и чековыя книжки	35 »	50 »	
На вознагражденіе швейцаровъ за чай и приспособленіе помѣщенія	33 »	— »	133 » 15 »
На 1 января 1913 года остатокъ суммъ . . .			452 р. 35 к.

Итого имѣется налицо сумма въ 452 руб. 35 коп. (четыреста пятьдесятъ два рубля тридцать пять копеекъ), изъ коихъ 416 руб. 95 коп. находятся на текущемъ счету у И. В. Юнкеръ и К° и 35 руб. 40 коп. наличными — у казначея на текущіе расходы.

1 января 1913 года. *П. Гензель.*

Сего 10 февраля 1913 года Ревизіонная Комиссія нашла всѣ записи въ книгѣ правильными на 1 января 1913 года и провѣрила наличность по Кассовой Книгѣ на 10-е с. февраля. Согласно разсчетной книжкѣ И. В. Юнкеръ и Компанія остатокъ тек. сч. на 10 февраля 1913 года составляетъ 616 руб. 95 коп. Въ кассѣ у казначея оказалось 63 руб. 83 коп. Оправдательные документы оказались въ порядкѣ.

В. А. Перелешинъ.
П. А. Бурышкинъ.
И. Г. Коганъ.
А. Е. Лосицкій.
В. С. Малченко.

Digitized by Google

Проектъ смѣты Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ на время съ 1 января 1913 г. по 1 января 1914 г.

Предложено Совѣтомъ Общества (по постановленію 24 февраля 1913 года) на утвержденіе годичнаго собранія, имѣвшаго быть 24 февраля 1913 года.

1)	На покрытіе расходовъ по организаціи общихъ и секц. собраній, наемъ дѣлопроизводителя, разсылку повѣстокъ	350 руб.
2)	На журналъ и печатаніе	150 »
3)	На расходы по сбору членскихъ взносовъ	40 »
4)	Почтовые расходы и т. д.	100 »
5)	Бланки, бумагу, мелкіе расходы въ распоряженіе Совѣта . . .	160 »
6)	На библіотеку	200 »
7)	На печатаніе протоколовъ Комиссіи по вопросамъ земской статистики	250 »
		1.250 руб.

24 февраля 1913 года. *П. Генгель.*

Отъ Юридическаго Общества при Императорскомъ С.-Петербургскомъ Университетѣ.

Совѣтъ Юридическаго Общества при Императорскомъ С.-Петербургскомъ Университетѣ объявляетъ, что изъ капитала, собраннаго присяжными стряпчими С.-Петербургскаго Коммерческаго Суда, въ память пятидесятилѣтія его существованія, въ вѣдѣніи сего Общества, образованы двѣ преміи, по 1500 рублей, за лучшее сочиненіе, признанное достойнымъ премированія, на каждую изъ слѣдующихъ двухъ темъ: «Договоръ купли-продажи по русскому праву» и «Товарищество по русскому праву», по нижеизложеннымъ программамъ.

Сочиненія, предназначенныя ихъ авторами для соисканія этихъ премій, должны быть изложены на русскомъ языкѣ и представлены не позже 1 Января, 1916 г. въ рукописяхъ или напечатанными (послѣднія—въ количествѣ 10 экземпляровъ) на имя Предсѣдателя Юридическаго Общества при Императорскомъ С.-Петербургскомъ университетѣ. Рукописныя сочиненія могутъ быть представлены подписанныя авторами или подъ девизомъ. Удостоенное преміи рукописное сочиненіе должно быть напечатано авторами въ теченіе одного года со времени выдачи преміи. Премированіе сочиненій производится постановленіемъ комиссіи, состоящей при Юридическомъ Обществѣ подъ предсѣдательствомъ предсѣдательствующаго въ Гражданскомъ Отдѣленіи этого Общества изъ профессоровъ Императорскаго С.-Петербургскаго университета по каѳедрамъ гражданскаго и торговаго права, предсѣдателя С.-Петербургскаго Коммерческаго Суда, одного присяжнаго стряпчаго сего Суда, избраннаго общимъ собраніемъ присяжныхъ стряпчихъ, и двухъ членовъ Юридическаго Общества, избранныхъ Гражданскимъ Отдѣленіемъ онаго.

Digitized by Google

ПРОГРАММЫ СОЧИНЕНІЙ.

I. Договоръ купли-продажи по русскому праву.

Въ сочиненіи должны быть подробно обсуждены правила дѣйствующаго права, относящіяся ко всѣмъ видамъ купли-продажи товаровъ, процентныхъ бумагъ и вообще движимаго имущества, за исключеніемъ купли-продажи процентныхъ бумагъ посредствомъ биржевыхъ сдѣлокъ. Матеріаломъ для сочиненія должны служить не только русское законодательство, русская судебная практика и русское обычное право, но и постановленія важнѣйшихъ иностранныхъ законодательствъ. Авторъ долженъ посвятить особое вниманіе: 1) мѣсту, занимаемому куплею-продажею движимости въ системѣ 1-й ч. X т. Св. Зак.; 2) проводимому дѣйствующимъ правомъ различію между продажею, съ одной стороны, и запродажею и поставкою, съ другой, и вопросу о желательности сохраненія этого различія въ будущемъ законодательствѣ; 3) вопросу о томъ, когда покупщикомъ пріобрѣтается право собственности и когда на него переходитъ рискъ. При разсмотрѣніи отдѣльныхъ вопросовъ изъ ученія о куплѣ-продажѣ авторъ долженъ указать, какія особенности представляетъ купля-продажа торговая, и высказать свое мнѣніе о томъ, желательно ли, чтобы будущее законодательство, въ виду этихъ особенностей, посвятило торговой куплѣ-продажѣ особыя постановленія.

II. Товарищество по русскому праву.

Авторъ долженъ прежде всего выяснить отличительные признаки всѣхъ отдѣльныхъ видовъ товарищества. При этомъ ему слѣдуетъ имѣть въ виду какъ виды товарищества, предусмотрѣнные дѣйствующимъ русскимъ законодательствомъ, такъ и тѣ, которые сему законодательству неизвѣстны, но встрѣчаются въ важнѣйшихъ иностранныхъ законодательствахъ или въ русскомъ торговомъ и гражданскомъ быту. Далѣе, въ сочиненіи должны быть разработаны вопросы о томъ, слѣдуетъ ли въ будущемъ русскомъ законодательствѣ: 1) провести различіе между товариществомъ торговымъ и неторговымъ; 2) опредѣлить правила для товариществъ, нынѣ неизвѣстныхъ русскому законодательству. Матеріалами для работы должны служить не только русское дѣйствующее законодательство, русская судебная практика и русское обычное право, но и постановленія важнѣйшихъ иностранныхъ законодательствъ.

Автору предоставляется, вмѣсто обзора всѣхъ существующихъ видовъ товарищества, дать исчерпывающую монографію полнаго товарищества. При этомъ авторъ долженъ дать систематическій разборъ всѣхъ вопросовъ, связанныхъ съ возникновеніемъ полнаго товарищества, съ отношеніями товарищей между собою, съ отношеніями товарищества къ третьимъ лицамъ и съ прекращеніемъ товарищества. Желательно, чтобы авторъ съ особою обстоятельностью остановился на вопросѣ о природѣ полнаго товарищества и о правовомъ положеніи «товарищескаго» имущества. Догматическому изложенію авторъ долженъ предпослать историческій очеркъ; на ряду съ анализомъ постановленій дѣйствующаго русскаго законодательства въ связи съ русскою судебною практикою, авторъ обязанъ дать обзоръ правилъ важнѣйшихъ западно-европейскихъ законодательствъ. Наконецъ, желательно, чтобы авторъ подвергъ критической оцѣнкѣ относящіяся къ полному товариществу предположенія проекта гражданскаго уложенія.

Digitized by Google

Книги, полученныя редакціей.

А. А. Алексѣевъ. Юридическое значеніе бюджетнаго закона. (Изъ «Журнала Министерства Юстиціи»—Мартъ-Апрѣль 1913 г.). С.-Петербургъ 1913.

П. А. Вихляевъ. Вліяніе травосѣянія на отдѣльныя стороны крестьянскаго хозяйства. Выпускъ 4. Травосѣяніе и крестьянскія постройки. Изслѣдованіе. Изданіе Статистическаго отдѣленія Московской Губернской Земской управы. Москва. 1913.

А. И. Елистратовъ, проф. Понятіе о публичномъ субъективномъ правѣ. — «Теорія субъективныхъ публичныхъ правъ» А. А. Рождественскаго. Москва. 1913. Отд. оттискъ изъ Учен. Запис. Лицея въ память Цесаревича Николая.

Г. А. Ивановъ. Психологическая теорія права въ критической литературѣ. Складъ изд. въ кн. маг. Мартынова. С.-Петербургъ. 1913. Цѣна 90 коп.

А. А. Кроликъ. Идеи законодательнаго творчества и закономѣрнаго развитія права въ новѣйшей юриспруденціи. С.-Петербургъ. 1913. Цѣна 60 коп.

Сборникъ рѣшеній Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената, съ 1866 по 1914 г. Въ сокращенной обработкѣ для практики, подъ ред. **Е. В. Васьковскаго.** Вып. 6, 1912 г. Одесса. Книгоизд. «Юристъ.-Практикъ». Цѣна 1 р. 40 коп.

Труды Юридическаго Общества при Имп. С.-Пб. университетѣ, издаваемые подъ редакціей М. М. Винавера, при ближайшемъ участіи В. М. Гессена и В. Д. Набокова. Т. VI. С.-Петербургъ. 1913. Цѣна 2 р. 50 к.

А. Шиловъ. Преступность въ арміи и алкоголь. — Еще объ алкоголѣ и желѣзнодорожныхъ несчастіяхъ. —О книгѣ И. Горбунова-Посадова «Къ русскимъ учителямъ». Москва. 1913.

Законъ объ обезпеченіи рабочихъ на случай болѣзни и о страхованіи ихъ отъ несчастныхъ случаевъ 23 іюня 1912 г. Текстъ съ разъясненіями. Составилъ **Л. С. Эліассонъ.** Изданіе неофиціальное. С.-Петербургъ 1914. Цѣна 2 р. 25 к.

Digitized by Google

ПРОДОЛЖАЕТСЯ ПОДПИСКА

НА

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ,

ЖУРНАЛЪ МОСКОВСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА,

ИЗДАВАЕМЫЙ ПРИ СОДѢЙСТВІИ

С.-Петербургскаго Юридическаго Общества и Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ

ПОДЪ ОБЩЕЙ РЕДАКЦІЕЙ **Б. А. КИСТЯКОВСКАГО.**

Ближайшее участіе въ редакціи принимаютъ:

А. С. Алексѣевъ, М. М. Винаверъ, А. Э. Вормсъ, Н. В. Давыдовъ, Н. М. Ждановъ, И. А. Кистяковскій, М. М. Ковалевскій, А. А. Мануиловъ, В. Д. Набоковъ, П. И. Новгородцевъ, Н. Н. Полянскій и М. П. Чубинскій.

До сихъ поръ выразили согласіе на сотрудничество слѣдующія лица:

А. А. Алексѣевъ, Н. Н. Алексѣевъ, П. И. Астровъ, Б. П. Базилевъ, М. В. Беренштамъ, А. А. Боровой, С. Н. Булгаковъ, Б. П. Вышеславцевъ. С. Т. Гавриловъ, П. П. Гензель, Д. М. Генкинъ, М. Н. Гернетъ, П. В. Гидулановъ, В. Я. Гинцбергъ, Н. Н. Голубевъ, А. В. Горбуновъ, В. М. Гордонъ, В. Э. Грабарь, В. Э. Денъ, В. Ѳ. Дерюжинскій, А. М. Долматовскій, Н. П. Дружининъ, Е. Н. Ефимовъ, А. И. Елистратовъ, В. Б. Ельяшевичъ, В. Я. Желѣзновъ, А. А. Жижиленко, А. В. Завадскій, М. Д. Загрядцковъ, И. А. Ильинъ, В. Л. Исаченко, Н. А. Каблуковъ, З. С. Каценеленбаумъ, Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ, бар. С. А. Корфъ, С. А. Котляревскій, В. А. Краснокутскій, К. А. Кузнецовъ, Н. И. Лазаревскій, И. В. Лебединскій, П. И. Люблинскій, Н. А. Максимейко, В. Ѳ. Матвѣевъ, В. С. Малченко, П. Е. Михайловъ, С. П. Мокринскій, М. И. Назаревскій, В. Н. Новиковъ, бар. Б. Э. Нольде, С. П. Ордынскій, Р. М. Орженцкій, М. Я. Острогорскій, А. В. Палибинъ, Н. И. Паліенко, Л. І. Петражицкій, А. А. Піонтковскій, І. А. Покровскій, С. П. Покровскій, Б. В. Поповъ, Д. С. Розенблюмъ, С. Е. Сабининъ, А. Р. Свирщевскій, В. И. Синайскій, Е. Д. Синицкій, М. Н. Соболевъ, Е. В. Спекторскій, П. Б. Струве, Б. И. Сыромятниковъ, Л. С. Таль, Ѳ. В. Тарановскій, Л. Е. Тауберъ, Е. Н. Темниковскій, кн. Е. Н. Трубецкой, В. М. Устиновъ, А. Н. Фатѣевъ, Г. С. Фельдштейнъ, А. Н. Филипповъ, Б. Н. Фрезе, А. Л. Форштетеръ, В. М. Хвостовъ, В. Н. Челищевъ, А. А. Чупровъ, Л. В. Шалландъ, Н. Н. Шапошниковъ, В. Н. Ширяевъ, А. Я. Шпаковъ, В. Н. Шретеръ, И. З. Штейнбергъ, Г. Н. Штильманъ, В. Г. Щегловъ, Т. М. Яблочковъ и А. С. Ященко.

Юридическій Вѣстникъ выходитъ въ количествѣ четырехъ книгъ въ годъ — въ февралѣ, апрѣлѣ, октябрѣ и декабрѣ — въ размѣрѣ отъ 12 до 15 печатныхъ листовъ.

Подписная цѣна на годъ — 6 рублей, на полгода — 3 рубля съ пересылкою и доставкою. Цѣна каждой книги въ отдѣльной продажѣ 2 рубля. Подписка принимается въ редакціи журнала **Юридическій Вѣстникъ** въ Москвѣ, Пречистенка, Б. Левшинскій пер., д. № 13, кв. 8. По дѣламъ конторы обращаться по будниmъ днямъ отъ 12 до 4 ч. дня по телеф. 3.08-79. Въ Кіевѣ подписка принимается въ книжномъ магазинѣ Н. Я. Оглоблина, Крещатикъ, д. № 33.

Издатель: Юридическое Общество при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Редакторъ *Б. А. Кистяковскій.*

Digitized by Google

ПРИНИМАЕТСЯ ПОДПИСКА на 1913 годъ

НА ЖУРНАЛЪ

ЮРИДИЧЕСКІЯ ЗАПИСКИ,

ИЗДАВАЕМЫЙ

Демидовскимъ Юридическимъ Лицеемъ

подъ редакціей: **Б. А. Кистяковскаго, А. Р. Свирщевскаго, Л. С. Таля и В. Н. Ширяева,**

въ количествѣ четырехъ выпусковъ (въ мартѣ, маѣ, октябрѣ и декабрѣ) по 10 печатныхъ листовъ въ каждомъ.

Въ «Юридическихъ Запискахъ», будутъ помѣщаться: 1) оригинальныя статьи по юридическимъ и экономическимъ наукамъ; 2) обозрѣніе наиболѣе важныхъ статей въ иностранныхъ юридическихъ и экономическихъ журналахъ; 3) хроника законодательная и судебная; 4) смѣсь; 5) критика и проч.

За 1908—12 гг. въ «Юридическихъ Запискахъ» были помѣщены статьи:

А. А. Алексѣева, А. С. Алексѣева, В. Н. Бенешевича, М. И. Боголѣпова, А. Н. Бѣликова, А. М. Винавера, А. Э. Вормса, А. К. Вульферта, П. В. Гидулянова, Н. Н. Голубева, І. М. Гольдштейна, В. Горы, Е. Н. Ефимова, А. А. Жижиленко, Яр. Каллаба, бар. С. А. Корфа, А. М. Кулишера, П. Кравцова, С. Левина, Ѳ. И. Леонтовича, П. И. Люблинскаго, П. Е. Михайлова, С. А. Муромцева, В. Н. Мышцына, Я. Натансона, Ф. К. Нейбеккера, И. В. Новицкаго, Р. М. Орженцкаго, Н. И. Паліенко, М. Я. Пергамента, С. Первушина, П. А. Покровскаго, С. П. Покровскаго, С. Е. Сабинина, А. Р. Свирщевскаго, В. В. Святловскаго, Е. В. Спекторскаго, М. Н. Соболева, В. В. Сокольскаго, И. К. Сухоплюева, Ѳ. В. Тарановскаго, Г. Г. Тельберга, Е. Н. Темниковскаго, М. И. Туганъ-Барановскаго, Г. С. Фельдштейна, Б. Н. Фрезе, бар. А. Л. Фрейтагъ-Лорингговена, Н. Н. Шапошникова, В. Н. Ширяева, С. А. Шумакова, Т. М. Яблочкова.

ПОДПИСНАЯ ПЛАТА на 1913 годъ съ доставкой и пересылкой 4 рубля. Цѣна отдѣльнаго выпуска «Юридическихъ Записокъ» 1 руб. 85 коп., двойного — 2 руб. 70 коп. Подписная плата адресуется въ г. Ярославль, зданіе Демидовскаго Юридическаго Лицея, редакціи «Юридическихъ Записокъ». Отдѣльные выпуски продаются тамъ же, а также въ книжныхъ магазинахъ С.-Петербурга, Москвы, Кіева и др.

Digitized by Google

Продолжается подписка на 1913—1914 годъ

НА ЖУРНАЛЪ

ЮРИДИЧЕСКАЯ БИБЛІОГРАФІЯ

ИЗДАВАЕМЫЙ

ДЕМИДОВСКИМЪ ЮРИДИЧЕСКИМЪ ЛИЦЕЕМЪ

(СЕДЬМОЙ ГОДЪ ИЗДАНІЯ).

Подписка принимается въ г. Ярославлѣ, въ конторѣ редакціи **Юридической Библіографіи** (зданіе Демидовскаго Юридическаго Лицея) и въ г. Москвѣ въ книжномъ магазинѣ «Правовѣдѣніе» И. К. Голубева (Никольская, д. Славянскаго Базара) и въ книжномъ магазинѣ П. Шибанова (Никольская ул.). Подписной годъ начинается 1 іюня 1913 года и заканчивается 31 мая 1914 года. **Подписная цѣна въ годъ съ пересылкою и доставкою 2 руб.**

Юридическая Библіографія продается отдѣльными выпусками въ г. Ярославлѣ и книжныхъ магазинахъ С.-Петербурга, Москвы и Кіева по **40 к.** за отдѣльный выпускъ, по **80 к.** за двойной выпускъ.

Юридическая Библіографія въ шестомъ году своего изданія будетъ выходить пять разъ въ годъ. Первый (двойной) выпускъ за текущій годъ № 1—2 (№ 26—27) вышелъ подъ редакціей **Н. Н. Голубева, А. Р. Свирщевскаго и Т. М. Яблочкова.**

Въ вышедшихъ съ 1907 года до сего времени 27 нумерахъ **Юридическая Библіографія** были помѣщены рецензіи и замѣтки слѣдующихъ лицъ:

З. Д. Авалова, П. М. Богаевскаго, А. А. Борового, А. Н. Бѣликова, С. Б. Веселовскаго, А. М. Винавера, С. И. Викторскаго, А. Э. Вормса, П. П. Гензеля, М. Н. Гернета, П. В. Гидулянова, Д. С. Глаголева, Н. Н. Голубева, Г. В. Демченко, А. И. Елистратова, А. А. Жилина, А. В. Завадскаго, Ф. Ф. Зигеля, И. О. Зубова, И. А. Ильина, Н. А. Каблукова, К. Кадлеца, гр. Л. А. Камаровскаго, Б. А. Кистяковскаго, Ѳ. Ѳ. Кокошкина, бар. С. А. Корфа, С. А. Котляревскаго, П. С. Кравцова, В. А. Краснокутскаго, І. М. Кулишера, С. Кутржеба, Ѳ. И. Леонтовича, П. И. Люблинскаго, В. Ѳ. Матвѣева, А. Н. Миклашевскаго, П. Е. Михайлова, В. Н. Мышцына, Э. Я. Немировскаго, Н. Я. Новомберскаго, И. Х. Озерова, Р. М. Орженцкаго, Н. И. Паліенко, М. Я. Пергамента, И. Н. Покровскаго, А. А. Рождественскаго, С. Е. Сабинина, А. Р. Свирщевскаго, В. И. Серебровскаго, В. И. Синайскаго, Е. Д. Синицкаго, Е. Е. Спекторскаго, Н. С. Суворова, И. К. Сухоплюева, Б. И. Сыромятникова, Ѳ. В. Тарановскаго, бар. М. А. Таубе, Л. Я. Таубера, В. Н. Твердохлѣбова, Г. Г. Тельберга, В. И. Тиктина, И. Н. Трепицина, В. А. Удинцева, Г. С. Фельдштейна, М. С. Фельдштейна, А. Н. Филиппова, А. Ф. Фортунатова, Б. Н. Фрезе, бар. А. Л. Фрейтала-Лоринговена, М. И. Фридмана, В. М. Хвостова, Д. А. Червонецкаго, И. И. Чистякова, М. П. Чубинскаго, Н. Н. Шапошникова, В. Шесана, В. Н. Ширяева, А. В. Шмидта, С. А. Шумакова, В. Г. Щеглова, Т. М. Яблочкова, А. С. Ященко.

Издатель: **Демидовскій Юридическій Лицей.**

Digitized by Google

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ

ЖУРНАЛЪ

МОСКОВСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА,

ИЗДАВАЕМЫЙ ПРИ СОДѢЙСТВІИ

С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА и ОБЩЕСТВА ИМЕНИ А. И. ЧУПРОВА ДЛЯ РАЗРАБОТКИ ОБЩЕСТВЕННЫХЪ НАУКЪ

ПОДЪ ОБЩЕЙ РЕДАКЦІЕЙ

Б. А. Кистяковскаго.

БЛИЖАЙШЕЕ УЧАСТІЕ ВЪ РЕДАКЦІИ ПРИНИМАЮТЪ:

А. С. Алексѣевъ, М. М. Винаверъ, А. Э. Вормсъ, Н. В. Давыдовъ, Н. М. Ждановъ, И. А. Кистяковскій, М. М. Ковалевскій, А. А. Мануиловъ, В. Д. Набоковъ, П. И. Новгородцевъ, Н. Н. Полянскій и М. П. Чубинскій.

Книга IV.

МОСКВА, 1913.

Digitized by Google

Типографія Г. Лисснера и Д. Совко.
Москва, Воздвиженка, Крестовоздвиж. пер., д. 9.

Digitized by Google

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стран.

Н. Н. Алексѣевъ. Основныя философскія предпосылки психологической теоріи права Л. І. Петражицкаго 5

Бар. С. А. Корфъ. Конституція Невшателя 1814 года 24

Б. Е. Шацкій. Конституціонный кризисъ въ Соединенныхъ Штатахъ . . 41

А. М. Кулишеръ. Защита субъективныхъ публичныхъ правъ посредствомъ иска 78

Б. П. Базилевъ. Тѣлесныя наказанія по русскому дѣйствующему праву 124

П. И. Бѣляевъ. Слѣды первобытныхъ представителей о природѣ и человѣкѣ въ исторіи гражданскаго права 168

С. Е. Сабининъ. Къ вопросу о значеніи юриспруденціи въ римскомъ правѣ 200

А. В. Завадскій. Петръ Павловичъ Цитовичъ. (Краткая характеристика его научной дѣятельности) 207

С. А. Котляревскій. Нѣсколько словъ памяти гр. Л. А. Камаровскаго . 222

А. Н. Нереесовъ. Профессоръ гр. Л. А. Камаровскій какъ интернаціоналистъ. (Къ годовщинѣ смерти) 224

Юридическое Обозрѣніе.

А. В. Завадскій. Къ юридической сторонѣ спора между графинями А. Л. и С. А. Толстыми о рукописяхъ Л. Н. Толстого . . 231

О. Измаильская. Къ вопросу о сервитутныхъ отношеніяхъ въ Закавказскомъ краѣ 247

Ки. К. Н. Кекуатовъ. Земскія товарищества по закону 1906 года . 253

И. З. Штейнбергъ. Обзоръ иностранной юридической жизни . . . 266

Матеріалы.

Отъ редакціи 275

Матеріалы по примѣненію нормъ аграрнаго законодательства . . 275

Литературное Обозрѣніе.

Г. Ф. Шершеневичъ. Общая теорія права. *Б. А. Кистяковскаго* 281

Г. И. Ивановъ. Психологическая теорія права въ критической литературѣ. *В. Я. Гинцберга* 289

Проф. І. А. Покровскій. Исторія римскаго права. *С. Е. Сабинина*. . . . 292

Ю. Готье. Исторія областного управленія въ Россіи отъ Петра I до Екатерины II. *Б. И. Сыромятникова* 294

Питиримъ Сорокинъ. Преступленіе и кара, подвигъ и награда. *Т. Райнова* 298

Digitized by Google

Стран.

I. Гольденбергъ. Реформа тѣлесныхъ наказаній. *Б. П. Базилева*. . . . 303
П. В. Поповичъ. Пріобрѣтательная давность. *А. В. Завадскаго* 306
Проф. Т. М. Яблочковъ. Новѣйшія узаконенія. *А. В. Завадскаго* 310
Законы гражданскіе. Практическій и теоретическій комментарій. Подъ редакціей А. Э. Вормса и В. Б. Ельяшевича. *Т. М. Яблочкова* . . 311
Проф. А. Х. Гольмстенъ. Юридическія изслѣдованія и статьи. *В. М. Гордона* 318
Приложеніе. Протоколы засѣданій Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ 327

Digitized by Google

Основныя философскія предпосылки психологической теоріи права Л. І. Петражицкаго.

Послѣ цѣлаго ряда блестящихъ выступленій противниковъ психологической теоріи права для человѣка, не раздѣляющаго основныхъ воззрѣній этой теоріи, остается одно: ждать момента, когда ея сторонники соберутся съ силами, чтобы дать надлежащій отвѣтъ на разнообразную и нерѣдко безпощадную критику ихъ воззрѣній[1]). Если я, тѣмъ не менѣе, рѣшаюсь посвятить нѣсколько страницъ критикѣ этой теоріи, я дѣлаю это не вслѣдствіе расхожденія съ моими предшественниками. Какъ обычно бываетъ, индивидуальный уклонъ мысли указываетъ, что въ психологической теоріи права не вскрыты еще нѣкоторыя и притомъ очень существенныя стороны. Думается, что вскрытіе этихъ сторонъ еще болѣе поможетъ выясненію предмета и освѣтитъ нѣкоторыя темныя проблемы современной философіи права.

I.

Я позволю себѣ сначала остановиться на характеристикѣ нѣкоторыхъ философскихъ предпосылокъ юридической теоріи Л. І. Петражицкаго. Предпосылки эти далеко не выяснены въ критической литературѣ, но пониманіе ихъ даетъ весьма много для опредѣленія научной и философской цѣнности новой попытки реформировать юриспруденцію.

Центральнымъ пунктомъ теоріи Л. І. Петражицкаго нужно считать ученіе о сферѣ нахожденія правовыхъ явленій. По мнѣнію почтеннаго профессора, основное заблужденіе всей современной юриспруденціи заключается въ томъ, что она ищетъ свой объектъ совсѣмъ

---

[1]) Кромѣ старыхъ статей Б. Н. Чичерина и кн. Е. Н. Трубецкого ср. интереснѣйшую полемику Б. А. Кистяковскаго (Реальность объективнаго права, «Логосъ», 1910 г., кн. 2-я) и блестящую статью П. И. Новгородцева на страницахъ этого журнала. Ср. также не менѣе интересный анализъ теоріи Л. І. Петражицкаго въ статьѣ Б. Я. Гинзберга. Вопросъ фил. и псих. за 1909 г.

Digitized by Google

не тамъ, гдѣ онъ имѣется[1]). «Содержаніе науки о правѣ, постановки и попытки рѣшенія ея проблемъ опредѣляется оптическимъ обманомъ, который состоитъ въ томъ, что она не видитъ правовыхъ явленій тамъ, гдѣ они дѣйствительно происходятъ, а усматриваетъ ихъ тамъ, гдѣ ихъ на самомъ дѣлѣ совсѣмъ нѣтъ и невозможно найти, наблюдать и познавать, т.-е. въ внѣшнемъ по отношенію къ переживающему правовыя явленія субъекту мірѣ»[2]). Но правовыя явленія «суть явленія не матеріальнаго, а духовнаго міра, поэтому и искать ихъ нужно въ психикѣ тѣхъ, которые переживаютъ подлежащіе психическіе процессы»[3]). Ученый юристъ долженъ искать правовой феноменъ не «гдѣ-то въ пространствѣ надъ или между людьми, въ соціальной средѣ или т. п., между тѣмъ какъ этотъ феноменъ происходитъ у него самого въ головѣ, въ его же психикѣ и только тамъ»[4]).

Эти основныя положенія психологической теоріи права уже при первомъ взглядѣ на нихъ не могутъ не возбудить ряда формальныхъ недоумѣній. Въ самомъ дѣлѣ, едва ли кто-нибудь изъ юристовъ буквально, подлинно и серьезно утверждалъ, что право лежитъ въ пространствѣ, подобно той книгѣ на столѣ. Съ другой стороны, можно быть увѣреннымъ, что если бы кто-нибудь и сталъ это утверждать, то любой человѣкъ, обладающій простымъ, здравымъ смысломъ и не читавшій ни одной философской книги, отвѣтилъ бы буквально словами почтеннаго профессора: что за абсурдъ, права никто не видѣлъ въ пространствѣ, оно находится у васъ самихъ, «въ головѣ». Конечно, это былъ бы весьма неточный отвѣтъ. Сколько бы мы не искали «въ головѣ» у людей права, мы тамъ его не найдемъ, ибо «въ головѣ» лежитъ мозгъ, нервы, сосуды, ткани а не «право».

Мнѣ скажутъ, что все это придирки и мелочи: нельзя опровергать мысль на основаніи нѣкоторой, какъ говорятъ нѣмцы, некорректности ея выраженія. Но думается, что дѣло здѣсь гораздо глубже. Дѣло идетъ о томъ, что въ основаніи психологической теоріи права лежитъ непровѣренная и неясная самому автору, догматическая предпосылка о сущности физическихъ и психическихъ объектовъ.

Л. І. Петражицкій отправляется въ своей теоріи отъ очень простой и, я бы сказалъ, менѣе всего философской истины: существуютъ предметы «физическіе», вещи въ пространствѣ, существуютъ далѣе

---

[1]) Ср. Л. І. Петражицкій. Теорія права и государства, т. II, стран. 338.
[2]) Л. І. Петражицкій. Введеніе въ изученіе права и нравственности, стран. 25.
[3]) «Теорія права» II, стран. 398.
[4]) «Введеніе», стран. 25.

Digitized by Google

предметы «психическіе», мысли въ головѣ. Физическія явленія мы наблюдаемъ посредствомъ «внѣшнихъ чувствъ»; психическія явленія даны намъ путемъ «внутренняго воспріятія». Вещи изучаетъ наука о природѣ, мысли изучаетъ наука о духѣ[1]). Право есть мысль «въ головѣ», а не вещь въ пространствѣ и т. д.

Подобное раздѣленіе явленій на физическія и психическія чрезвычайно характерно для самыхъ первоначальныхъ стадій научнаго сознанія. Сознаніе донаучное вообще еще не отличаетъ рѣзко духа отъ тѣла, для него духовное подобно пару, вылетающему изъ человѣческихъ устъ. Но первый шагъ аналитической мысли разрываетъ міръ на двѣ сущности, — на духъ и на тѣло. Это — научная истина первоначальнаго эмпиризма и позитивизма, одна изъ самыхъ оспоримыхъ и неустойчивыхъ истинъ. Научное сознаніе тотчасъ-же опровергнетъ эту истину, какъ только перейдетъ стадію первоначальной невинности. Отсюда — постоянная тенденція болѣе высокихъ и болѣе тонкихъ теорій, или разрѣшить психическое въ физическое (матеріализмъ), или, наоборотъ, физическое перенести въ психическій рядъ, сдѣлать его «представленіемъ» (субъективный идеализмъ, иллюзіонизмъ). Л. І. Петражицкому одинаково чужды обѣ эти тенденціи. Его одинаково не влечетъ ни матеріализмъ, ни иллюзіонизмъ, хотя нѣтъ сомнѣнія, что общее направленіе его идей гораздо ближе къ послѣднему, чѣмъ къ первому.

Во всякомъ случаѣ психологизмъ Л. І. Петражицкаго идетъ настолько далеко, чтобы объявить «психическими эмоціями» не только нравственность и право, но и область прекраснаго, область познанія и т. д.[2]). Принимая во вниманіе, что, по мнѣнію Л. І. Петражицкаго, «разнообразіе видовъ и разновидностей импульсовъ поведенія въ видѣ соотвѣтственнаго множества и разнообразія эмоцій, импульсій и т. д.» выработалось въ «эволюціонномъ процессѣ»[3]), можно заключить о непосредственной близости воззрѣній уважаемаго профессора къ тѣмъ формамъ субъективнаго идеализма, которыя выросли на почвѣ современной біологической теоріи эволюціи[4]). Но тогда непонятно, почему Л. І. Петражицкій не идетъ дальше и не утверждаетъ, что и весь физическій міръ тоже лежитъ «въ головѣ» людей. Вѣдь мы его познаемъ, мы его видимъ, мы его ощущаемъ. Вѣдь его свойства зависятъ отъ нашихъ органовъ чувства, такъ что можно сказать, что «физическое» есть своеобразная біологическая реакція нашего организма на внѣшнюю среду.

---

[1]) Ср. «Введеніе», стран. 23.
[2]) Ср. «Теорія права», I, § 2; о познаніи ср. ниже, стран. 14.
[3]) «Теорія права», I, стран. 23—24.
[4]) Къ такимъ воззрѣніямъ отчасти приближается Махъ, различные «дарвинисты» въ теоріи познанія и прагматизмъ.

Digitized by Google

Если бы Л. И. Петражицкій развилъ тѣ тенденціи, которыя несомнѣнно заложены въ его теоріи и которыя роднятъ ее съ нѣкоторыми крайними направленіями современнаго біологическаго психологизма, ему не пришлось бы, пожалуй, строить свою «психологическую» теорію права. Стоитъ только признать съ нѣкоторыхъ точекъ зрѣнія совершенно неоспоримую истину, что весь міръ «лежитъ въ нашей головѣ», вопросъ о «мѣстонахожденіи» права ничѣмъ не будетъ отличаться отъ вопроса о «мѣстонахожденіи» любой физической вещи. И право и это дерево одинаково будутъ содержаніями нашего сознанія, если хотите, «фантасмами», «эмоціональными проекціями». При чемъ придется уже различать между тѣми «проекціями», которыя мы имѣемъ въ предметахъ природы, и тѣми, которыя мы имѣемъ въ разнаго рода «обязанностяхъ», а не между реальными вещами и мыслями въ головѣ. Основныя истины психологической теоріи права потеряютъ свою соль и станутъ ненужными.

Слѣдуетъ еще упомянуть, что Л. И. Петражицкому не менѣе далеки и другія, въ высшей степени тонкія и рафинированныя воззрѣнія, выработавшіяся въ кругу философскихъ идей, родственныхъ современному біологическому психологизму. Взглядъ, что разрывъ міра на «физическую» и «духовную» сущность является продуктомъ нѣкоторой донаучной теоретизаціи, что, стало-быть, философское сознаніе должно отрѣшиться отъ этого примитивнаго воззрѣнія, отъ этой незаконной «интроекціи»[1]) — все это идеи, съ которыми Л. И. Петражицкій не признаетъ нужнымъ считаться. Но совершенно ясно, что «психологическую» теорію права пришлось бы сильно передѣлать, если бы ея авторъ призналъ неправомѣрность своего основного предположенія о существованіи «внѣшнихъ» физическихъ и «внутреннихъ» духовныхъ предметовъ.

Однако, независимо отъ этихъ теорій, попробуемъ разобраться въ вопросѣ по существу. Легко показать, что одна изъ основныхъ идей психологической теоріи — идея «мѣстонахожденія» права — покоится на примѣненіи къ непространственнымъ отношеніямъ понятій, заимствованныхъ изъ міра вещей въ пространствѣ. Языкъ нашъ вообще консервативенъ и бѣденъ, и мы часто для выраженія «психическихъ» отношеній прибѣгаемъ къ подобнымъ пріемамъ: мы говоримъ о «низкихъ» и «высокихъ» звукахъ, о «широкой» душѣ, о «проникновеніи» въ мысли и т. д. Но подобно этому мы говоримъ, что мысль лежитъ «въ головѣ», а не «во внѣ», «въ пространствѣ». Если мы здѣсь не имѣемъ дѣла съ простыми

---

[1]) Точка зрѣнія Р. Авенаріуса.

Digitized by Google

фигуральными оборотами рѣчи, то въ такомъ способѣ выраженія кроется болѣе, чѣмъ простая некорректность. «Въ головѣ» вѣдь это значитъ тоже «въ пространствѣ»: такъ, книга лежитъ «въ» ящикѣ, бумага «въ» конвертѣ. Но если книга лежитъ въ ящикѣ, ясно, что она не можетъ въ то же время лежать и въ шкапу. Пространство исключительно по своей природѣ, любая часть его внѣположна другой части. Два тѣла не могутъ занимать въ одно и то же время одного пространства. Вотъ этотъ-то способъ представленій и перенесенъ Л. І. Петражицкимъ на область психическихъ явленій. Разъ психическое лежитъ «въ головѣ», оно слѣдовательно не можетъ лежать нигдѣ, кромѣ этой головы. Поэтому его нигдѣ и нѣтъ, кромѣ головы. Намъ только кажется, что оно лежитъ гдѣ-то «внѣ» головы. Мы проецируемъ подлинникъ «во внѣ» подобно тому, какъ мы можемъ мысленно книгу, лежащую въ ящикѣ, перенести въ шкапъ. Въ шкапу будетъ не настоящая книга, а ея проекція, какъ «во внѣ» насъ нѣтъ настоящей психической реальности, но только ея фантасмы.

Въ воззрѣніяхъ этихъ мы имѣемъ поразительный примѣръ запутаннаго сочетанія истинныхъ мыслей съ ложными. Строго говоря, психическое не лежитъ въ пространственной внѣположности, какъ мое тѣло и тотъ шкапъ. Стало-быть, оно не лежитъ «внѣ» меня, такъ какъ лежать «внѣ» другъ друга есть свойство пространственныхъ вещей, а не психическихъ состояній. Подобнымъ же образомъ «психическое» не лежитъ «внутри» меня или «внутри» того человѣка, такъ какъ «психическое» не есть книга, какую можно помѣстить въ ящикъ. Но оно все-таки какъ-то «лежитъ», какъ-то «дано», въ формѣ особой психической реальности. Въ чемъ заключаются основныя особенности этого рода «психической» данности, въ этомъ мы можемъ убѣдиться путемъ феноменологическаго проникновенія въ непосредственную жизнь различныхъ состояній нашего «я». Остановимъ свой мысленный взоръ на томъ общемъ чувствѣ единства переживаній во всемъ ихъ взаимнопроникающемъ разнообразіи въ любой моментъ нашей жизни, и мы получимъ наглядное представленіе феноменальной «данности» психическаго. Одинъ изъ тончайшихъ философовъ современности опредѣлилъ это явленіе, какъ «послѣдовательность безъ взаимной внѣположности»[1]). При чемъ онъ же отмѣтилъ, что послѣдовательность состояній сознанія не исключаетъ ихъ взаимнаго проникновенія и что моменты этой послѣдовательности характеризуются присущей имъ качественной разнохарактерностью ихъ содержанія. Полно ли это описаніе или нѣтъ —

[1]) Ср. Bergson.

Digitized by Google

во всякомъ случаѣ оно свободно отъ затемняющихъ пространственныхъ аналогій. «Психическое» характеризуется не тѣмъ, что нѣчто лежитъ «внутри» или «въ головѣ», но тѣмъ, что нѣчто связано особой непространственной связью. Связь эта непосредственно переживается нами самими, но переживать ее есть не только свойство моего «я». Какъ переживаютъ ее другіе — намъ это не дано, но нѣкоторые комплексы и нѣкоторыя сочетанія физическихъ явленій, обладающіе особой, имъ свойственной окраской, убѣждаютъ насъ въ томъ, что «психическое» множественно. Это «другое психическое» лежитъ ли оно «внѣ» насъ? Опять-таки нѣтъ. Внѣ нашего тѣла лежатъ пространственныя единства другихъ тѣлъ, нѣкоторыя изъ нихъ мы считаемъ связанными съ «психическимъ». Но это «психическое» не «внѣ» меня и не «въ» тѣлѣ другого, оно дается какъ особый характеръ физическаго и могло бы быть дано, какъ психическое, если бы души не раздѣлялись пропастью вѣчной тайны, которая есть прежде всего тайна абсолютно разнокачественнаго, тайна другого характера, другой индивидуальности.

Есть ли этотъ «характеръ» наша проекція? Да, менѣе всего! Чужое я не менѣе реально, чѣмъ наше собственное. Свойства его мы постоянно пытаемся выразить, говоря, напр., красивый человѣкъ, привлекательный, милый, злой. Нужно ли считать всѣ эти предикаты проекціями? Столь же мало. Тотъ физическій комплексъ фактовъ, который связанъ съ чужимъ «характеромъ», съ естественной необходимостью убѣждаетъ насъ въ томъ, соотвѣтствуютъ ли наши «проекціи» дѣйствительности, или нѣтъ, мы ошибаемся. Когда я говорю «врагъ» или «другъ», едвали я только проецирую свои эмоціи. Жизнь показываетъ, что эти квалификаціи болѣе, чѣмъ субъективны. Конечно въ нихъ есть и доля моего «отношенія» къ явленіямъ, но есть и доля чисто объективнаго состава фактовъ, который выяснится тотчасъ же, какъ только я фактически столкнусь съ «другомъ» или «врагомъ». Въ томъ комплексѣ фактовъ, который мы называемъ «чужой» душой, нужно опять-таки различать двѣ стороны: съ одной стороны, объективное содержаніе этой души, ея фактическое «что», съ другой, то индивидуальное освѣщеніе, которое это «что» пріобрѣтаетъ, поскольку оно не мною, а другимъ переживается. Въ сущности, только второе составляетъ предметъ психологіи, какъ естественно-эмпирической науки. Содержаніе же сознанія, моего или чужого, является предметомъ другихъ наукъ,— наукъ о физической природѣ, о культурѣ, о правѣ и т. д. Но ни этотъ особый характеръ переживаній «чужого» я, ни объективное содержаніе ихъ не лежатъ «въ моей головѣ», или «въ головѣ» моего сосѣда. Чужія переживанія обладаютъ особой психологической

Digitized by Google

реальностью, различныя содержанія сознаній, въ свою очередь, принадлежатъ къ различнымъ родамъ сущаго. Содержанія сознаній, располагающіяся въ порядкѣ пространственной внѣположности, являются физическими объектами. Но ими далеко не исчерпывается все богатство этого содержанія. Такія формы объективаціи какъ «добро», и «право» не полагаются въ формахъ пространства, но и не суть предметы индивидуальной психологіи. Считать же ихъ проекціями нашихъ переживаній «во внѣ» это значитъ фактически прилагать къ нимъ тѣ пространственныя опредѣленія, которыя къ нимъ только фигурально приложимы.

Вся теорія «эмоціональныхъ проекцій», «эмоціональныхъ фантасмовъ» и т. д. покоится на этомъ догматическомъ примѣненіи пространственныхъ формъ, на своего рода абсолютизаціи пространства. Считать право или государство «проекціями» — это значитъ: 1) разбить міръ на «тѣло» и «душу»; 2) заключить «душу» въ извѣстную часть пространства; 3) предположить, что эта душа, какъ часть пространства, не можетъ одновременно занимать другую часть пространства; 4) заключить, что тамъ гдѣ душа занимаетъ другую, неотведенную ей часть пространства, тамъ не можетъ быть ничего, кромѣ тѣни души.

II.

Другая, чрезвычайно существенная догматическая предпосылка «психологической» теоріи права есть взглядъ на психологію, какъ на «основную» науку. «Причиной слабаго развитія и неудовлетворительнаго состоянія гуманитарныхъ, въ особенности общественныхъ наукъ, въ отличіе отъ такъ называемыхъ естественныхъ наукъ, является», по мнѣнію Л. І. Петражицкаго, «въ значительной степени отсутствіе научнаго базиса въ видѣ надлежащей, правильной теоріи психологическихъ явленій»[1]). Когда психологія будетъ построена научно, подъ гуманитарныя науки будетъ подведенъ, наконецъ, прочный фундаментъ. Психологическая теорія права и является попыткой построить одну изъ гуманитарныхъ наукъ на такомъ новомъ и прочномъ фундаментѣ.

Еще на зарѣ исторіи теоретическаго естествознанія естествоиспытатели справедливо указывали на математику и на механику, какъ на основу построенія наукъ о природѣ. Л. І. Петражицкій указываетъ на то, что въ сферѣ гуманитарныхъ наукъ ту же роль должна сыграть психологія. Почему? — этотъ вопросъ остается неяснымъ. Многіе изъ сторонниковъ такого взгляда выдвигаютъ психологію, по-

[1]) Ср. «Введеніе», стран. 116.

Digitized by Google

тому что она является наукой естественной. Повидимому, то же самое соображеніе побудило и Л. І. Петражицкаго усматривать въ психологіи основную науку. Однако, если психологія есть естественная наука, то непонятно почему ей принадлежитъ такое почетное положеніе. Въ естествознаніи есть другія гораздо болѣе разработанныя и основныя дисциплины, которыя могутъ служить лучшимъ примѣромъ точности и общеобязательности, чѣмъ психологія. Не полезнѣе ли и не плодотворнѣе гуманитарнымъ наукамъ подражать, напримѣръ, математикѣ, или механикѣ, чѣмъ основываться на весьма неточныхъ выводахъ психологіи? На это возраженіе, правда, можно отвѣтить такъ: сфера естественныхъ предметовъ неединообразна, существуютъ предметы, изучаемые химіей, предметы, изучаемые біологіей, предметы, изучаемые психологіей; и какъ химія или біологія являются основаніемъ для химическихъ или біологическихъ наукъ, такъ психологія можетъ служить базисомъ для наукъ о духѣ. Однако, нужно помнить условность и непринципіальность всѣхъ этихъ дѣленій. Для естествоиспытателя различія физическихъ предметовъ обусловлены несовершенствомъ научныхъ методовъ, а не какими-либо онтологическими основаніями. Идеалъ естествознанія — монистиченъ, и если естествоиспытатель не всегда можетъ его осуществить, то это — временныя затрудненія, а не принципіальный отказъ отъ принципа единства. Въ этомъ смыслѣ основными науками для естествоиспытателя остаются математика и механика. И каждый естествоиспытатель никогда не устоитъ отъ соблазна растворить «психическое» въ тѣхъ же основныхъ понятіяхъ, посредствомъ которыхъ онъ опредѣляетъ и «физическое», — будь то атомы, электроны, энергія или что-либо другое. Стало-быть, съ точки зрѣнія естествоиспытателя психологію можно считать «основной» наукой только съ большими оговорками. И «психологическая» теорія права съ тѣми же оговорками должна быть признана съ точки зрѣнія естествознанія теоріей научной. Какъ только методы естествознанія дойдутъ до степени совершенства, позволяющей уничтожить условности специфической теоріи психическихъ явленій, «психологическая» теорія права смѣнится другой, болѣе совершенной, скажемъ энергетической, которую и нынѣ уже стараются построить[1]), — или еще болѣе новой и совершенной.

Но, быть можетъ, психологія есть основная наука, по той причинѣ, что гуманитарныя науки представляютъ область знанія, принципіально отличную отъ той, которую мы имѣемъ въ наукахъ о природѣ. Разобранное выше рѣзкое противопоставленіе «психическаго»

[1]) Ср. Ostwald, Energetische Grundlagen der Kulturwissenschaften. Lpz., 1909.

Digitized by Google

«физическому» позволяетъ заключить, что Л. І. Петражицкій не совсѣмъ былъ чуждъ этому взгляду. Однако, онъ нигдѣ его не обосновалъ, оставляя читателя въ полномъ недоумѣніи по поводу того, почему психологія надѣлена столь почетнымъ признакомъ основной науки.

Но даже если мы и безъ доказательства согласимся съ этимъ мнѣніемъ, все же взглядъ Л. І. Петражицкаго на психологію, какъ «основную» науку не можетъ быть принятъ безъ значительныхъ оговорокъ. Утверждая «основной» характеръ психологіи, Л. І. Петражицкій представляетъ взаимоотношеніе наукъ о духѣ по аналогіи съ науками о природѣ. Правда, въ наукахъ о природѣ имѣются «основныя» науки, изучающія первые элементы природы, какъ цѣлаго, но спрашивается, такова ли структура «духа», что и его познаніе достигается путемъ разложенія на «элементы», ученіе о которыхъ формируется въ нѣкоторую «основную» дисциплину? Для Л. І. Петражицкаго такое воззрѣніе представляется совершенно естественнымъ и самоочевиднымъ. «Знаніе природы сложныхъ предметовъ или явленій» — утверждаетъ онъ — «предполагаетъ знаніе ихъ состава, элементовъ, изъ которыхъ они слагаются»[1]). Л. І. Петражицкій ясно высказываетъ здѣсь основной постулатъ, такъ называемой, конструктивной психологіи, не принимая во вниманіе, что въ области современныхъ «наукъ о духѣ» имѣются чрезвычайно вліятельныя и вѣскія противоположныя теченія. Взять бы хотя идею «феноменологіи», которая представляется ея сторонникамъ примѣромъ гораздо болѣе «основной» науки, чѣмъ эмпирическая психологія[2]). Да и вообще, не встрѣчаемся ли мы въ явленіяхъ «духа» съ нѣкоторыми неразложимыми цѣлокупностями, познаніе коихъ достигается не путемъ стараго «резолютивнаго» метода, но посредствомъ интуитивнаго погруженія въ ихъ цѣлостность?

Если мы, согласно широкораспространенному дѣленію, причислимъ къ наукамъ о «духѣ» логику, этику и эстетику[3]), то ихъ все болѣе выясняющаяся независимость отъ психологіи, и въ то же время ихъ взаимная автономность, убѣждаютъ насъ въ справедливости только что высказаннаго предположенія. Царство наукъ о духѣ есть широко развитая федерація, а не унитарное государство. И въ этомъ царствѣ нѣтъ никакой центральной и суверенной власти,

---

[1]) Ср. «Теорія права», т. II, стран. 309.

[2]) «Die reine Phönomenologie stellt ein Gebiet neutraler Forschungen dar, in welchem verschiedene Wissenschaften ihre Wurzeln haben. Einerseits dient sie zur Vorbereitung der Psychologie, als empirischer Wissenschaft». Husserl, Logische Untersuchungen, 2. Teil, S. 4.

[3]) Ср. напр., H. Cohen. Die Geisteswissenschaften u. die Philosophie, въ первомъ № новаго журнала «Die Geisteswissenschaften».

Digitized by Google

нѣтъ «основной» науки, если только не говорить о логикѣ, которая, разумѣется, является формальной предпосылкой всякой науки вообще. Тѣмъ менѣе такой основной наукой можетъ быть психологія. Она, строго говоря, только одной стороной своей принадлежитъ къ наукамъ о духѣ. Эмпирическая психологія изучаетъ ту естественную, физическую среду, въ которой проявляется «духъ», и потому она принадлежитъ столько же къ наукамъ естественнымъ, сколько и къ подлиннымъ наукамъ о «духѣ».

Основнымъ заблужденіемъ «психологизма» Л. І. Петражицкаго, такъ же какъ и всякаго крайняго психологизма вообще, является непониманіе истины, что физическій способъ проявленія какого-либо содержанія не тожественъ съ самимъ этимъ содержаніемъ, съ его объективнымъ, предметнымъ составомъ. У Л. І. Петражицкаго это заблужденіе проявляется въ крайней формѣ. Такъ напримѣръ, онъ не можетъ отличить логическаго состава какого-нибудь понятія или сужденія отъ случайной, психологической формы ихъ проявленія. Отсюда его стремленіе произвести реформу логики на основѣ психологіи. По мнѣнію Л. І. Петражицкаго, предпринятая имъ реформа психологіи даетъ возможность «рѣшить научно» и проблему логики. Вѣдь чѣмъ инымъ являются сужденія какъ не видомъ «моторныхъ раздраженій, эмоцій» [1]). Утвердительныя сужденія суть аппульсивно-эмоціональные акты, отрицательные — репульсивно-эмоціональные акты и т. д. [2]). Но опредѣливъ такимъ образомъ «природу» сужденій, «мы можемъ уяснить себѣ и природу тѣхъ психическихъ процессовъ, которые называются умозаключеніями». Умозаключеніе состоитъ въ появленіи «новаго сочетанія эмоцій и представленій» [3]). Правда, почтенный профессоръ оговаривается, утверждая тѣмъ самымъ различіе логической проблемы отъ психологической, что съ точки зрѣнія психологіи правомѣрными являются всякія, даже нелѣпыя сочетанія представленій. Умозаключенія отъ индивида къ роду «логически не выдерживаютъ критики, но психологически точно такъ же умозаключенія, какъ и выводы отъ общаго къ частному» [4]). Однако неяснымъ остается, въ чемъ же заключается разница логической отъ психологической проблемы, и какую пользу при наличности этой разницы можетъ принести психологія для логики. Изъ другихъ мѣстъ сочиненій Л. І. Петражицкаго мы, въ противоположность сказанному, убѣждаемся, что таковой разницы даже и совсѣмъ нѣтъ. Извѣстные при-

---

[1]) Ср. «Введеніе», стран. 246.
[2]) Ibid.
[3]) Ibid., стран. 250.
[4]) Ibid., стран. 251.

Digitized by Google

мѣры, помѣщенные на 26 стран. «Введенія», въ которыхъ указывается, гдѣ нужно искать мѣстонахожденіе субъекта сужденій, убѣждаютъ насъ, сколь мало чувствуетъ почтенный авторъ специфичность логической проблемы въ отличіе отъ психологической. Конечно, нелѣпо, при опредѣленіи субъекта сужденія: «служитель находится въ прихожей», отправиться въ настоящую прихожую и привести оттуда служителя, торжественно заявивъ: «вотъ субъектъ высказаннаго сужденія». Но, да проститъ меня Л. І. Петражицкій, мнѣ кажется, иногда онъ предлагаетъ сдѣлать нѣчто подобное. Субъектъ сужденій находится, говоритъ почтенный профессоръ, «въ самихъ сужденіяхъ». . . . . «въ сознаніи переживающихъ соотвѣтствующія сужденія» [1]). Противъ перваго нельзя ничего возразить, но тѣмъ болѣе страннымъ является второе. Субъектъ сужденія остается таковымъ субъектомъ независимо отъ того, переживался ли онъ въ чьей-либо психикѣ съ чувствомъ пріятнаго или непріятнаго, возвышеннаго или отвратительнаго, онъ останется тѣмъ же субъектомъ, если онъ даже никѣмъ не переживался. Субъектъ сужденія есть свойство состава сужденія, а не свойство переживанія. Для Л. І. Петражицкаго здѣсь нѣтъ никакой разницы. Для него «субъектъ» даннаго сужденія лежитъ въ переживаніяхъ, и вмѣсто того чтобы итти въ прихожую, Л. І. Петражицкій подходитъ къ человѣку и ищетъ «субъекта» у него въ головѣ.

На такого рода смѣшеніяхъ покоится, въ сущности, вся «психологическая» теорія права Л. І. Петражицкаго. Всѣмъ ясно, что право переживается, что существуютъ «правовыя переживанія», какъ существуютъ переживанія «научныя», «мыслительныя», «нравственныя» и т. д. Однако между этими переживаніями и объективнымъ составомъ переживаемаго существуетъ громадная разница. Кто логику сводитъ къ тѣмъ «эмоціямъ», которыя сопровождаютъ логическіе акты, тотъ очень далекъ отъ понимапія предмета логики, хотя практически и можетъ обладать очень хорошимъ логическимъ чутьемъ. Но объективное содержаніе правовыхъ эмоцій такъ же далеко отъ самихъ этихъ эмоцій, какъ далекъ отъ нихъ и предметъ логики. Тѣ чувства, которыя избиратель переживаетъ, шествуя къ избирательнымъ урнамъ, не тожественны съ объективнымъ составомъ фактовъ, именуемыхъ избирательнымъ правомъ. Эмоціи министра, не получившаго большинства въ палатѣ и уходящаго въ отставку, не суть еще то, что называется парламентаризмомъ. Подобно этому чувство собственника не есть юридическій институтъ собственности, чувство должника не есть

[1]) Ibid., стран. 27.

Digitized by Google

договоръ о займѣ. Задачей юриста и является выяснить специфическія особенности этого объективнаго состава «юридическаго», а не описывать тѣ разнообразныя переживанія, которыя рождаются по поводу этого состава и въ связи съ нимъ. Для философа права при этомъ возникаетъ цѣлый рядъ существенныхъ и интересныхъ проблемъ. Въ какомъ отношеніи «юридическое», какъ особый предметъ изслѣдованія, стоитъ къ предметамъ другихъ наукъ? И прежде всего къ предметамъ «наукъ о духѣ», къ логикѣ и этикѣ? Нерѣдко задачу юриста сводятъ въ формально-логическому анализу понятія. Сливается ли, стало быть, юриспруденція съ формальной логикой? Указываютъ далѣе, что наука о правѣ есть наука нормативная. Въ какомъ отношеніи стоитъ она въ такомъ случаѣ къ этикѣ? И вообще есть ли «юридическое» какая-либо самостоятельная система объективаціи или же, напротивъ, оно есть видъ какого-нибудь болѣе широкаго класса объектовъ, напр. класса предметовъ этическихъ или предметовъ соціальныхъ? Все это вопросы, для рѣшенія которыхъ психологическая теорія права не даетъ никакого отвѣта.

III.

Заслуживаетъ особаго упоминанія, что вышеотмѣченныя предпосылки теоріи Л. І. Петражицкаго, помимо своей фактической неправильности, должны быть признаны несоотвѣтствующими современному уровню соціально-научныхъ знаній.

Благодаря счастливому стеченію обстоятельствъ, современная соціальная наука выросла безъ наличности вліянія со стороны индивидуальной психологіи. Такимъ образомъ ей чуждъ былъ тотъ крайній субъективизмъ, который столь характеренъ для взглядовъ уважаемаго профессора. «Творецъ» современной положительной соціологіи, Ог. Контъ, — мыслитель во многихъ отношеніяхъ родственный, какъ это справедливо отмѣчалось [1]), Л. І. Петражицкому, — не отвелъ въ своей системѣ наукъ отдѣльнаго мѣста психологіи. Зато соціологія для него — самостоятельная наука, предметомъ которой является не индивидуальный человѣкъ, а общество. По мнѣнію Конта, существуетъ «абсолютная необходимость отдѣлять изученіе коллективныхъ феноменовъ человѣческаго рода отъ феноменовъ индивидуальныхъ» [2]). Эти индивидуальные феномены, по мнѣнію Конта, изучаются физіологіей,

---

[1]) Ср. П. И. Новгородцевъ. «Психологическая теорія права и философія естественнаго права», въ предыдущей книгѣ этого журнала.

[2]) Ср. Comte. Plan des travaux scientifiques, pour réorganiser la société. Въ прилож. къ IV тому «Système politique positive», p. 129.

Digitized by Google

но совершенно ошибочно «видѣть въ соціальной наукѣ простое продолженіе физіологіи»[1]). Разумѣется, физіологія доставляетъ соціальной наукѣ ея «отправную точку», но въ послѣдующемъ развитіи соціальные феномены превращаются въ столь самостоятельную систему, что она можетъ быть только предметомъ вполнѣ самостоятельной науки, основывающейся на непосредственномъ изученіи самихъ соціальныхъ явленій[2]).

Разсужденія эти положили прочное основаніе для уясненія той истины, которая никогда не признавалась Л. І. Петражицкимъ,— той истины, что объективный составъ «соціальнаго» не тожественъ съ индивидуальнымъ переживаніемъ его «въ душѣ» человѣка. Послѣдующее развитіе соціологіи дополнило и исправило Конта. Въ классификаціяхъ наукъ позитивистовъ и психологіи удалось занять почтенное мѣсто. Подобно физіологіи, ее стали считать «точкой отправленія» для соціальныхъ наукъ. Но, если не говорить о крайностяхъ, для всей этой линіи столь родственныхъ Л. І. Петражицкому идей навсегда осталась чуждою мысль, что «соціальное» въ широкомъ смыслѣ этого слова, какъ цивилизація, культура со всѣмъ ихъ богатымъ содержаніемъ, стало быть, и право и государство — суть эмоціональныя фантасмы, проекціи, вынесенныя наружу изъ головы человѣка.

Строго говоря, психологизмъ въ области соціальныхъ наукъ — и въ частности въ области правовѣдѣнія — есть менѣе всего новая и сколько-нибудь оригинальная мысль. Соціальный объективизмъ и антипсихологизмъ даже въ крайнихъ своихъ проявленіяхъ— напримѣръ, въ органической теоріи общества, — никогда не былъ чуждъ мысли, что соціальная связь есть связь психическая. Многочисленныя попытки разсматривать общество какъ естественный организмъ, можно считать неудачными опытами отыскать объективирующій принципъ соціальнаго бытія путемъ привлеченія біологическихъ аналогій. Но что «субстратъ» общества — психиченъ, это вполнѣ ясно сознавали многіе изъ органистовъ. «Die menschliche oder civile Gesellschaft, — утверждалъ много ранѣе Л. І. Петражицкаго нѣмецкій соціологъ Шеффлэ, — ist ein rein geistig (psychisch) bewirkte...Lebensgemeinschaft organischer Individuen»... Человѣческое общество есть поэтому «идеальная» связь, и соціальное тѣло есть совершенно особое явленіе[3]). «Человѣческое сообщество, — говоритъ другой «органистъ», Вормсъ, — носитъ болѣе явственную

[1]) Ibid., p. 128.
[2]) Ibid., p. 129.
[3]) Schäffle. Bau und Leben des socialen Körpers. Neue Ausgabe, 1881, S. 3.

Digitized by Google

печать духовной жизни, чѣмъ органическое»... [1]). Такихъ цитатъ изъ произведеній «органистовъ» можно было бы привести сотни, въ особенности, если взять тѣхъ изъ нихъ,которые были болѣе философами, чѣмъ натуралистами. Вѣдь, не нужно забывать, что къ «органистамъ» принадлежалъ Шеллингъ и его многочисленные ученики Въ соціально-политическихъ воззрѣніяхъ послѣднихъ общество прямо выступаетъ, какъ особый коллективно-психическій организмъ.

Я не говорю уже о той вѣтви соціологіи, которая, въ противоположность органическимъ теоріямъ, прямо выступала подъ лозунгомъ «психологизма». Но психологизмъ этотъ, въ общемъ, былъ чуждъ тѣмъ крайностямъ, въ которыя впала теорія Л. І. Петражицкаго. Психологическую школу въ соціологіи не покидаетъ мысль, что въ соціальныхъ феноменахъ мы имѣемъ дѣло съ особымъ родомъ психическихъ отношеній, отличныхъ отъ явленій индивидуальной психологіи. Одинъ изъ родоначальниковъ «психологическаго» направленія въ соціологіи Л. І. Уордъ ясно указываетъ, что соціологія имѣетъ дѣло не съ отдѣльнымъ человѣческимъ индивидуумомъ, а съ обществами людей [2]). По мнѣнію другого, чрезвычайно извѣстнаго психологиста въ соціологіи, Тарда, «соприкосновеніе одного я съ другимъ я есть «отношеніе совершенно особое» [3]). Это особое отношеніе и должно изучаться особой наукой о между-психическихъ явленіяхъ, отличной отъ психологіи индивидуальной. Между-психическая связь не всегда является связью соціальной, но во всякомъ случаѣ всякая соціальная связь — между-психична.

Такимъ образомъ, и здѣсь предметъ соціологіи ясно отграничивается отъ предмета индивидуальной психологіи. Но всего яснѣе эта точка зрѣнія проводится у новѣйшаго и наиболѣе критическаго изъ современныхъ соціологовъ, у Г. Зиммеля. «Не возбуждаетъ никакого сомнѣнія, говоритъ Зиммель, что всѣ общественные процессы помѣщены въ душѣ» (ihren Sitz in Seelen haben) и что, слѣдовательно, «фактъ обобществленія есть психическій феноменъ». Поэтому общественныя явленія становятся для насъ понятными только тогда, когда мы понимаемъ тѣ психическія мотивы, чувства, мысли, потребности, которыя составляютъ существо общественныхъ отношеній. Если эта внутрен-

---

[1]) Вормсъ, Общественный организмъ, стран. 41. Ср. также R. Worms, Philosophie des sciences sociales, VI, гдѣ эта точка зрѣнія проведена еще опредѣленнѣе.

[2]) Ср. объ этомъ М. М. Ковалевскій, Соціологія, т. I, стр. 265 и слѣд.

[3]) Tarde, La psychologie intermentale. «Revue internationale de sociologie». T. 9, 1901.

Digitized by Google

ння, духовная сторона для насъ скрыта, общественное явленіе превращается въ игру маріонетокъ, столь же безсмысленную, какъ взаимопроникновеніе облаковъ или сплетеніе древесныхъ вѣтвей. Причинное объясненіе соціальныхъ явленій достигнуто было бы нами, коль скоро мы эти явленія дедуцировали бы изъ «психологическихъ законовъ»[1]). Можно думать, что Зиммель вполнѣ приближается здѣсь къ идеямъ, высказаннымъ Л. І. Петражицкимъ. Однако, это только поверхностное сходство. Для Зиммеля совершенно ясно, что отъ предыдущихъ истинъ еще далеко до выводовъ, которые съ такой внѣшней послѣдовательностью сдѣлалъ Л. І. Петражицкій. «Методически чрезвычайно важно и прямо таки рѣшающе для основныхъ началъ наукъ о духѣ то обстоятельство, — говоритъ Зиммель, — что научное изученіе душевныхъ явленій не должно быть непремѣнно психологіей»[2]). Открытіе любой астрономической или химической истины есть также психологическій процессъ, который психологъ вполнѣ объяснитъ изъ основныхъ законовъ душевной жизни. Однако, сами эти истины мы открываемъ не путемъ анализа психическихъ процессовъ, но путемъ изученія объективнаго содержанія сознанія, которое становится для насъ самостоятельнымъ предметомъ наблюденія. Но приблизительно то же самое имѣемъ мы и при изученіи соціальныхъ явленій. Конечно, соціальныя явленія суть содержанія нашего сознанія, но при изученіи ихъ мы обращаемся не къ душевнымъ процессамъ, являющимся носителями извѣстнаго содержанія, но къ самому этому содержанію, и къ его законамъ. Подобно этому языкъ есть всецѣло психическое явленіе, однако законы языка изучаются не психологіей, но языкознаніемъ, которое изучаетъ свой предметъ по внутреннему составу его содержанія, а не по психическимъ формамъ его выраженія въ человѣческой психикѣ[3]).

Изъ этого краткаго обзора мы видимъ, что преобладающее направленіе въ современной соціологіи всецѣло стоитъ на точкѣ зрѣнія, развитой нами ранѣе при критикѣ теоріи Л. І. Петражицкаго. Если и общепринято убѣжденіе, что соціологія есть одна изъ наукъ о духѣ, то не менѣе общепринятъ взглядъ, согласно которому проводится строгое отличіе наукъ о духѣ отъ индивидуальной психологіи. Разумѣется, эти воззрѣнія гораздо болѣе пріемлемы для насъ, юристовъ, чѣмъ предпосылки теоріи Л. І. Петражицкаго.

---

[1]) Simmel. Soziologie, s. 21 ff.
[2]) Ibid.
[3]) Ibid.

Digitized by Google

Нельзя, конечно, умолчать о томъ, что у соціологизма всѣхъ толковъ есть тенденція сдѣлать изъ правовѣдѣнія науку исключительно соціальную, а это можетъ привести къ отрицанію автономности юриспруденціи. Но мнѣ кажется, соціологизмъ въ наукѣ о правѣ далеко не въ той степени толкаетъ юриспруденцію «на совершенно чуждый ей путь», какъ это дѣлаетъ психологизмъ Л. І. Петражицкаго. Если мы присмотримся къ развитію, такъ называемой, положительной соціологіи, въ особенности во Франціи, мы не можемъ не замѣтить, какъ постепенно она превращается изъ «соціальной физики» въ «философію права», точнѣе въ соціальную философію. Особенно это нужно сказать о доктринѣ солидаризма, которая за послѣдніе 10—20 лѣтъ рѣшительно отряхнула съ себя натуралистическую одежду и смѣло выступила какъ нравственное ученіе[1]). Вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя отрицать оригинальности и глубины тѣхъ новыхъ юридическихъ конструкцій, которыя возникли на почвѣ французскаго соціологизма. Дюги и въ особенности Оріу показали намъ, сколь плодотворенъ французскій соціологизмъ для выработки основныхъ понятій публичнаго права. Но все это въ извѣстномъ смыслѣ можетъ быть отнесено и не только къ французамъ. Что «соціальное» ученіе о правѣ и государствѣ есть скрытая философія права, никто не показалъ это болѣе убѣдительно, чѣмъ Еллинекъ въ своемъ «Правѣ современнаго государства». Его «общее соціальное ученіе о государствѣ» цѣликомъ состоитъ изъ тѣхъ проблемъ, которыя были любимыми темами старой философіи права (существо государства, обоснованіе государства, цѣль государства и т. д.). И опредѣляя государство съ «соціальной» точки зрѣнія, какъ «коллективное единство» людей, Еллинекъ подчеркиваетъ связь, соединяющую юриста-философа со всей линіею стараго соціологизма, который со времени О. Конта видѣлъ въ соціальныхъ феноменахъ проявленіе особой, непространственной, но тѣмъ не менѣе надъиндивидуальной, духовной связи людей.

IV.

Въ психологической теоріи права должна быть отмѣчена и еще одна предпосылка, наличностью которой объясняется, въ сущности говоря, удачный конецъ попытки построить юриспруденцію на новыхъ основаніяхъ. «Психическое» Л. І. Петражицкаго оказалось способнымъ породить цѣлый рядъ юридическихъ опредѣленій по той причинѣ, что почтенный авторъ надѣлилъ его аттрибутами, на которыхъ издавна строилась философія права.

[1]) Ср. напр., «Essai d'une philosophie de la solidarité», Paris, 1907, p. VII.

Digitized by Google

Л. І. Петражицкій въ основаніе своей правовой теоріи кладетъ ученіе объ эмоціяхъ. Нужно различать два класса эмоцій — эмоціи спеціальныя и эмоціи бланкетныя. «Нѣкоторыя эмоціи имѣютъ тенденцію вызывать опредѣленное, специфическое, къ нимъ спеціально природою пріуроченное поведеніе, вообще опредѣленныя системы физіологическихъ и психическихъ процессовъ»[1]). Такова, напр., эмоція голода со всѣми сопровождающими ее послѣдствіями и реакціями. Это и суть спеціальныя эмоціи, «которыя имѣютъ тенденцію превращать организмъ... на время въ аппаратъ, спеціально приноровленный къ исполненію спеціальной біологической функціи» [2]). Не нужно думать, однако, что эта связь эмоцій съ опредѣленными акціями имѣетъ характеръ механической необходимости, что здѣсь имѣетъ мѣсто «абсолютная предопредѣленность и однообразіе» [3]). Эмоціональная дѣятельность не есть машина, повторяющая неизмѣнно одни и тѣ же движенія, напротивъ, такая дѣятельность «въ извѣстныхъ предѣлахъ допускаетъ приспособленіе къ конкретнымъ обстоятельствамъ и соотвѣтственныя измѣненія» [4]). Даже болѣе, «нѣкоторыя спеціальныя человѣческія эмоціи имѣютъ настолько свободный и измѣнчивый характеръ, что ихъ предопредѣленность состоитъ лишь въ предопредѣленности общаго направленія поведенія» [5]). Такимъ образомъ, уже спеціальныя эмоціи характеризуются наличностью значительной доли свободы въ соотвѣтствующей имъ дѣятельности людей. Но тѣмъ болѣе это нужно сказать о другомъ классѣ эмоцій,— объ эмоціяхъ бланкетныхъ. Эти эмоціи «не предопредѣляютъ не только частностей, но даже и общаго характера и направленія акцій и могутъ служить побужденіемъ къ любому поведенію» [6]). Къ этому классу эмоцій принадлежатъ и эмоціи правовыя.

Мы не будемъ далѣе разсматривать тѣхъ дополненій, которыя дѣлаетъ Л. І. Петражицкій при дальнѣйшемъ развитіи только что изложенныхъ воззрѣній. Намъ нѣтъ нужды останавливаться на томъ, что, по мнѣнію Л. І. Петражицкаго, и при бланкетныхъ эмоціяхъ «характеръ и направленіе нашего поведенія» все же чѣмъ-то опредѣляется, именно, связанными съ эмоціями представленіями: иначе и не могло бы быть, такъ какъ въ противномъ случаѣ нельзя было бы говорить ни о какой теоріи поведенія. Для насъ важно

---

[1]) «Теорія права», т. I, стран. 9.
[2]) Ibid.
[3]) Ibid.
[4]) Ibid.
[5]) Ibid.
[6]) Ibid., стран. 11.

Digitized by Google

одно: если уже спеціальныя эмоціи, въ отличіе отъ простого механизма, предполагаютъ значительную долю свободы, то тѣмъ болѣе вращаются въ стихіи этой свободы эмоціи бланкетныя. И вмѣстѣ съ тѣмъ основаніемъ психологической теоріи права становится то **метафизическое начало свободы**, отъ котораго столь далека на первый взглядъ философія права уважаемаго профессора.

На понятіи свободы строилъ свою философію права нѣмецкій идеализмъ. Что новаго вноситъ здѣсь Л. І. Петражицкій? Можно ли считать существеннымъ новшествомъ то обстоятельство, что психологическая теорія права скрываетъ свободу подъ именемъ «бланкетной эмоціи»? Дѣло обстояло бы иначе, если бы эмоціональная дѣятельность была простымъ механизмомъ, и психологической теоріи права удалось бы на этой базѣ построить юриспруденцію. Но когда понятіе свободы, хотя бы молчаливо, допущено, цѣлый рядъ затрудненій нужно считать устраненнымъ. Если къ тому же сторонникъ психологической теоріи—хорошій и опытный юристъ, онъ сумѣетъ и изъ «бланкетной эмоціи» извлечь все, что ему нужно для его юридическихъ опредѣленій. А что же онъ извлекаетъ изъ своей психологіи для нашей науки? Психологическая теорія учитъ насъ, что право есть «императивъ». До сихъ поръ насъ учили, что право есть норма. Но есть ли уже такое существенное различіе между этими понятіями? Императивныя эмоціи или императивныя переживанія едва ли чѣмъ отличаются отъ нормативныхъ эмоцій или нормативныхъ переживаній. Конечно, переживаніе нормы не есть еще сама норма, но вѣдь и переживаніе императива нетожественно съ объективнымъ содержаніемъ этого императива. Сдѣлавъ эту существенную оговорку, любой юристъ можетъ признать, что право есть «императивъ». Намъ говорятъ далѣе, что право есть императивъ, снабженный аттрибутивной функціей. Опять-таки нужно сказать, что переживаніе этой аттрибутивной функціи не тожественно съ ея объективнымъ смысломъ. Если юристъ будетъ имѣть дѣло съ этимъ послѣднимъ, для него опредѣленіе Л. І. Петражицкаго будетъ въ высшей степени пріемлемо. Тогда правомъ мы будемъ называть такой императивъ, содержаніе котораго фактически или потенціально содержитъ въ себѣ признакъ внѣшней санкціи. Во всемъ этомъ нѣтъ ничего особливо новаго, и, кажется, не было необходимости привлекать психологію для того, чтобы сдѣлать такое опредѣленіе права.

Есть, впрочемъ, два обстоятельства, которыя отличаютъ «психологическое» опредѣленіе права отъ многихъ другихъ. Если мы назовемъ право «императивно-аттрибутивной эмоціей», тѣмъ самымъ

Digitized by Google

установится истина, что понятіе права не совпадаетъ съ понятіемъ права положительнаго. Это несомнѣнное преимущество «психологическаго» опредѣленія права, — преимущество, покупаемое, впрочемъ, весьма дорогой цѣной, такъ какъ одновременно мы потеряемъ всякіе критеріи для различенія между правомъ положительнымъ, правомъ мнимымъ и правомъ идеальнымъ. Нѣтъ нужды приводить примѣры того, какъ дѣйствительно Л. І. Петражицкій — совершенно потерялъ здѣсь критеріи различенія: многочисленныя экскурсы его книги о правѣ дѣтей, сумасшедшихъ, дьяволовъ, вѣдьмъ и т. д. говорятъ сами за себя. И въ этомъ отношеніи не проще ли и не цѣлесообразнѣе ли выразить здоровую мысль о томъ, что понятіе права нельзя построить на изученіи положительнаго права, выразить въ терминахъ и опредѣленіяхъ современныхъ сторонниковъ естественнаго права или старыхъ нѣмецкихъ идеалистовъ?

Н. Н. Алексѣевъ.

Digitized by Google

Конституція Невшателя 1814 года.

Нашей литературѣ почти неизвѣстны подробности Невшательской конституціи 1814 года; между тѣмъ во многихъ отношеніяхъ она содержитъ весьма интересныя данныя, въ особенности въ виду ея духовнаго родства съ конституціями Финляндіи (1809 г.) и Польши (1815 г.).

1.

Въ началѣ XVIII вѣка престолъ княжества Невшатель оказался вакантнымъ; послѣ долгихъ колебаній и несмотря на угрозы могущественной сосѣдки, Франціи, населеніе княжества высказалось въ пользу прусскаго короля. Побудительными причинами такого на первый взглядъ страннаго выбора были, во-первыхъ, отдаленіе короля — князя, у котораго вслѣдствіе этого не было возможности активно вмѣшиваться въ управленіе Невшателя, а во-вторыхъ, исповѣданіе имъ протестантской религіи[1]). Съ 1707 года Фридрихъ Гогенцоллернъ сталъ такимъ образомъ владѣть княжествомъ въ качествѣ «суверениаго принца Оранскаго, Невшательскаго и Валенгинскаго»; Невшательцамъ это было очень выгодно, такъ какъ обезпечивало имъ почти полную внутреннюю самостоятельность, и одновременно создавало нѣкоторую внѣшнюю защиту отъ посягательствъ Людовика XIV; дѣйствительно, послѣднему скоро пришлось признать нейтралитетъ Невшателя. Утрехтскій миръ закрѣпилъ окончательно за прусскимъ королемъ суверенныя права на Невшательскій столъ (1713 г.)[2]).

---

[1]) Выборъ Гогенцоллерна былъ, впрочемъ, не безъ нѣкотораго юридическаго обоснованія; Фридрихъ располагалъ извѣстными наслѣдственными притязаніями; послѣднія описаны напр. у H. J. F. Schulze, Die staatsrechtliche Stellung des Fürstenthums Neuenburg, Jena, 1854; см. главы X и XI и цит. у него литературу.

[2]) Соотвѣтствующіе акты передачи княжескаго престола Гогенцоллернамъ напечатаны у Шульце, о. с., Urkundenbuch, XIX, XX. См. также G. A. Stenzel, Geschichte der Europäischen Staaten, Bd. 3, s. 137 u. ff., Hamburg, 1841.

Digitized by Google

Прусскіе короли спокойно владѣли Невшателемъ около столѣтія, гарантируя ему полную автономію; князь былъ представленъ въ княжествѣ, какъ и прежде губернаторомъ и совѣтомъ (gouverneur et conseil d'Etat); согласно общераспространеннымъ теоріямъ того времени, въ рукахъ монарха сосредоточивались всѣ власти и функціи государства, власть политическая, законодательная (которою пользовались весьма рѣдко и только въ исключительныхъ случаяхъ), власть административная и судебная, равно и право надзора за коммунами; осуществлялась же власть князя черезъ посредство небольшой аристократической группы, нѣсколькими дворянскими семьями Невшателя; главнымъ органомъ княжества являлся Conseil d'Etat. Легко понять, что аристократамъ Невшателя подобная государственная организація представлялась весьма выгодной, вслѣдствіе чего они долгое время столь старательно и защищали права прусской короны. Необходимо помнить при этомъ, что и прочіе кантоны тогдашней Швейцаріи, управлялись количественно очень незначительными олигархіями (напр. Бернъ, Фрейбургъ, Золотурнъ, Люцернъ).

Наполеоновскія войны принесли съ собой много неожиданностей, между прочимъ, и для Невшательскаго княжества. Въ 1806 году оно было отнято у Пруссіи (ст. V Шенбрунскаго мирнаго договора, 5 декабря 1805 г.), и передано одному изъ любимцевъ Наполеона, начальнику его штаба, знаменитому Бертье[1]), который, впрочемъ, ни разу лично не посѣтилъ свои швейцарскія владѣнія; Невшательская олигархія, со смѣною князя и губернатора, продолжала попрежнему автономно управлять княжествомъ. Новый губернаторъ baron Lespérut, очень скоро убѣдился въ выгодахъ сохраненія прежняго порядка вещей, благодаря чему оказался незатронутымъ и государственный строй княжества; произошла лишь смѣна княжеской династіи, во главѣ-же управленія по старому оставался Conseil d'Etat[2]).

Паденіе Наполеона должно было неизбѣжно поднять вопросъ о дальнѣйшей судьбѣ княжества и о реставраціи Гогенцоллерновъ. Помня прежнія хорошія времена прусскаго режима XVIII столѣтія

---

[1]) Въ Невшательской исторической и юридической литературѣ долго существовалъ непримиримый споръ на счетъ того, была ли уступка Невшателя Наполеону со стороны Пруссіи добровольнымъ актомъ или нѣтъ, имѣлъ ли прусскій король право отказаться отъ княжества или не имѣлъ; намъ этотъ споръ представляется чисто политическимъ между реакціонерами-монархистами и республиканцами; въ настоящее время онъ утерялъ значеніе. См. напр. труды Piaget, de Chambrier, и мн. др. невшательцевъ.

[2]) См. напр. Hermann Schulze, o. c. S. 147; L. Grandpierre, Histoire du Canton de Neûchâtel sous les Rois de Prusse (Mémoires politiques), p. 25 et 5.

Digitized by Google

и имѣя въ виду свои личные интересы, совѣтъ поспѣшилъ предложить прусскому королю возстановить его сюзеренныя права надъ княжествомъ[1]), чѣмъ послѣдній непреминулъ воспользоваться[2]).

Дѣло, однако, оказалось не столь простымъ въ виду необходимости урегулировать отношенія Невшателя къ союзу Швейцарскихъ кантоновъ; многіе изъ кантоновъ (въ особенности Бернъ и Базель) стали энергично протестовать на включеніе Невшателя именно въ виду отношеній послѣдняго къ прусской коронѣ; присоединить Невшатель имъ всѣмъ хотѣлось, но кантоны боялись какъ огня вмѣшательства въ швейцарскія дѣла Берлинскаго правительства[3]); послѣ значительныхъ колебаній большинство кантоновъ высказалось 12 сентября 1814 года за принятіе Невшателя въ союзъ, оградивъ, однако, послѣдній отъ возможныхъ посягательствъ со стороны прусскихъ королей; такъ, между прочимъ, въ актѣ соединенія (acte de Réunion) мы находимъ спеціальную статью, согласно которой всѣ дѣла, касающіяся Швейцарскаго союза, равно ратификація и исполненіе постановленій Швейцарскихъ союзныхъ органовъ, будутъ подлежать вѣдѣнію органовъ, находящихся въ самомъ Невшателѣ (чѣмъ исключался король и его Берлинское правительство), при чемъ запрещено было требовать санкціи рѣшеній швейцарскихъ органовъ со стороны короля («concerneront exclusivement le gouvernement résidant à Neuchâtel, sans exiger aucune ratification, ni sanction ultérieure»; art. 1 de l'acte de Réunion de Neuchâtel avec la Suisse du 19 mai 1815).

Вѣнскій конгрессъ закрѣпилъ эти нормы, возстановивъ, съ одной стороны, сюзеренныя права прусскихъ королей надъ Невшателемъ, санкціонировавъ, съ другой, его присоединеніе на указанныхъ условіяхъ къ Швейцарскому союзу[4]). Благодаря всему этому получилась весьма оригинальная комбинація участія монархическаго княжества въ республиканской федераціи; правильно указывалъ еще Гервинусъ[5]), что этимъ создавался неизсякаемый источникъ всякихъ недоразумѣній и треній; другими словами, положеніе

---

[1]) Подробнѣе см. обширную переписку Chambrier d'Oleyres съ Берлинскимъ правительствомъ, напечатанную у Piaget, Histoire de la Révolution neuchâteloise.

[2]) См. акты, напечатанные у Шульце, о. с., стран. 281 и сл.: Adresse des quatre Bourgeoisies à S. M. le Roi de Prusse du 3 Février 1814, Réponse de S. M., Adresse des quatre Bourgeoisies du 21 Avril 1814, Acte d'abdication du Prince Alexandre Berthier du 3 Juin 1814 et Déclaration du Roi du 4 Juin 1814.

[3]) Эти чувства очень рельефно описаны въ мемуарахъ канцлера Триболе, Mémoires du Chancelier de Tribolet, 1819.

[4]) См. напр. J. J. Blumer, Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes, Bd. I (3 Aufl.), S. 69 u. ff., Basel, 1891; H. Schulze, o. c., Cap. XVII.

[5]) G. G. Gervinus, Geschichte des Neunzehnten Jahrhunderts, Bd. I, S. 256, Leipzig, 1855.

Digitized by Google

оказалось въ общемъ маложизненнымъ; тотъ же король, который въ княжествѣ былъ почти самодержецъ (по крайней мѣрѣ по теоріи роялистовъ), въ отношеніи союза являлся чужимъ монархомъ далекаго сѣвернаго государства, не имѣвшимъ ни малѣйшаго права вмѣшиваться въ швейцарскія дѣла; само собою понятно, что это должно было способствовать росту чувства розни между Невшательскими монархистами и республиканцами; недаромъ пруссаки многихъ послѣдующихъ поколѣній считали величайшей ошибкой Пруссіи то, что она дозволила и допустила включеніе Невшателя въ Швейцарскій союзъ; по ихъ мнѣнію это явилось главнѣйшей причиной революцій 1831 и 1848 годовъ и послѣдовавшаго затѣмъ отпаденія княжества [1] [2]).

Уже съ 1815 года въ Швейцарскихъ кантонахъ стало развиваться, притомъ весьма быстро и успѣшно, демократическое движеніе, охватывавшее все бо̀льшіе слои населенія. Въ Базелѣ, Невшателѣ и другихъ кантонахъ олигархіи еще нѣкоторое время сумѣли удержать власть въ своихъ рукахъ, но для большинства дальновидныхъ современниковъ было уже ясно, что такое положеніе продержится недолго и что олигархіямъ придется сдаться предъ натискомъ растущей демократіи [3]). Съ точки зрѣнія прусскихъ монархистовъ такой опасный привѣсокъ къ Прусской коронѣ, какимъ былъ теперь Невшатель, не представлявшій Пруссіи къ тому же особыхъ выгодъ, не могъ быть пріятнымъ и желательнымъ; для реакціонныхъ совѣтниковъ прусскаго короля Невшатель былъ постояннымъ memento mori и неудивительно поэтому, что въ концѣ концовъ они постарались отъ него отдѣлаться.

Революціонное движеніе 1831 года, развивавшееся подъ вліяніемъ французскихъ событій 1830 года, задѣло и Невшатель, но было скоро подавлено. Въ 1848 году оно возобновилось съ новой силой и настолько пошатнуло прусское владычество, что въ Берлинѣ сознали, что лучше добровольно отказаться отъ княжества, а то примѣръ демократическихъ институтовъ послѣдняго могъ оказаться лишь заразительнымъ для самихъ пруссаковъ.

Въ 1856 году невшательскіе монархисты попробовали было осуществить контръ-революцію, но были побиты; Наполеонъ III, воспользовавшись этимъ, предложилъ свои услуги въ качествѣ

---

[1]) Такого мнѣнія держался напр. Шульце, о. с., стран. 163 и 219.

[2]) Въ германской литературѣ госуд. права иногда успѣшно проводилось сравненіе положенія Невшателя съ положеніемъ Ганновера, бывшаго одновременно членомъ германской федераціи и имѣвшаго «чужого», внѣ-живущаго, короля (Англіи); крупнымъ различіемъ было, однако, то, что Германскія государства были монархіями.

[3]) См. напр. H. v. Treitschke, Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert, T. V (3 Aufl.), S. 726 (Staatengeschichte der neuesten Zeit, Bd. 28).

Digitized by Google

посредника, созвавъ въ Парижѣ особую конференцію. Договоръ, подписанный 26 мая 1857 года, разрѣшилъ дѣло мирнымъ образомъ; прусскій король, наконецъ, отказался отъ своихъ правъ на княжество, которое было теперь признано республикой и самостоятельнымъ кантономъ, членомъ швейцарской федераціи; монархистамъ же, участвовавшимъ въ контръ-революціяхъ, была гарантирована амнистія [1]). Этимъ былъ положенъ конецъ ненормальному совмѣщенію монархическаго принципа съ участіемъ кантона въ республиканской федераціи.

Таковъ въ краткихъ словахъ внѣшній ходъ событій, пережитыхъ Невшателемъ въ эпоху существованія суверенитета прусской короны. Интересно отмѣтить, что созданная въ 1814 году и закрѣпленная Вѣнскимъ конгресомъ аномалія обращала на себя за предѣлами самого Невшателя очень мало вниманія; какъ историки, такъ и государствовѣды оставались равнодушными, несмотря на совершенно исключительныя условія существованія уніи Пруссіи съ Невшателемъ; объясненіе этому можно найти развѣ въ томъ фактѣ, что самъ Невшатель никогда не игралъ какой-либо важной политической роли въ исторіи Европейскихъ государствъ.

2.

Конституціонная хартія Невшателя была подписана Фридрихомъ-Вильгельмомъ III 18 іюня 1814 года [2]) .Во введеніи говорится, что, возстановляя прежній порядокъ вещей, прусскій король вмѣстѣ съ тѣмъ считался съ новыми соціальными условіями и съ необходимостью присоединенія княжества къ Швейцарскому союзу. Ст. 1 сохраняетъ за королемъ суверенитетъ надъ княжествомъ со всѣми сопряженными съ нимъ привилегіями и доходами, но безъ права передачи таковыхъ младшимъ потомкамъ; ст. 2 обезпечиваетъ княжеству религіозную свободу, признавая, однако, протестантскую церковь главенствующей; ст. 3 гарантируетъ свободу передвиженія; согласно ст. 4 гражданскія и военныя должности въ княжествѣ могутъ быть занимаемы лишь природными невшательцами; исключеніе допущено только для должности губернатора; судьямъ обезпечена несмѣняемость. За королемъ сохранено право изданія полицейскихъ постановленій (réglements de police, art. VII); затѣмъ

---

[1]) См. напр. J. C. Bluntschli, Geschichte des Schweizerischen Bundesrechtes, Bd. I, 1875 (2. Auf.), S. 203—206, 540; G. A. Matile, Monuments de l'histoire de Neuchâtel; Chambrier, Histoire de Neuchâtel et Valengin.

[2]) Она напечатана въ Recueil de pièces officielles concernant la principauté de Neuchâtel et Valangin, T. I, p. 235—243; также у Шульце, о. с., стран. 286—292 въ «Europäische Annalen,» Jahrgang 1814, Bd. IV, S. 298 u. ff., Tübingen 1814.

Digitized by Google

идутъ статьи, обезпечивающія свободу торговли, неприкосновенность личности и др.; подати могутъ быть устанавливаемы лишь закономъ. Ст. 11 вводитъ общую воинскую повинность, но оговаривая, что Невшательскія войска могутъ быть употребляемы только на защиту княжества и для нуждъ федераціи, чѣмъ слѣдовательно исключалась возможность ихъ вызова для нуждъ Пруссіи; военная служба регулируется указами короля; кромѣ общихъ полковъ, учрежденъ былъ особый гвардейскій батальонъ въ составѣ 400 чел., который предоставлялся въ полное распоряженіе короля. Ст. 14 возстановляла древній сословный сеймъ въ лицѣ Audiences-Générales, подробности положенія коего должны были регулироваться особымъ закономъ. Наконецъ, послѣдняя ст. 15 сохраняла въ силѣ всѣ существующіе законы и административныя распоряженія.

Первое, что бросается въ глаза, при просмотрѣ хартіи, это ея недоговоренность и краткость; государственный строй княжества не регулируется ею въ подробностяхъ, а лишь санкціонируется уже существующій; въ частности это касается правъ и привилегій короля-князя. Для точнаго опредѣленія конституціи Невшателя необходимо, слѣдовательно, имѣть въ виду прежнее его государственное устройство. Невшатель по старому былъ раздѣленъ на четыре «буржуазіи» (les quatre Bourgeoisies), разсматривавшіяся, согласно средневѣковымъ традиціямъ, какъ правовыя корпораціи («Corps juridiques»). Каждая изъ этихъ буржуазій собиралась въ извѣстное время года для рѣшенія общественныхъ дѣлъ; онѣ имѣли право представлять о своихъ трудахъ князю; фактически же дѣлами каждой изъ нихъ (Neuchâtel, Landeron, Boudrid, Valangin) заправляла небольшая олигархическая группа семей, державшая крѣпко въ своихъ рукахъ все политическое вліяніе.

Во главѣ княжества, какъ и прежде, стоялъ губернаторъ, представитель князя-короля [1]); онъ осуществлялъ всѣ функціи и обязанности монарха, созывалъ и предсѣдательствовалъ въ государственномъ совѣтѣ, подписывалъ всѣ государственные акты и законы, паспорта и правительственныя декларации, начальствовалъ надъ войсками, назначалъ должностныхъ лицъ и т. п. Административная и правительственная власть находилась въ рукахъ государственнаго совѣта, Conseil d'Etat, также древняго невшательскаго учрежденія; члены совѣта назначались княземъ, безъ ограниченія ихъ числа [2]); обычно имѣлось 22 члена, при чемъ лишь 21 получалъ жалованье.

---

[1]) Во времена французскаго владычества иногда назначались и вице-губернаторы; въ эпоху прусскаго владычества этого не случалось.

[2]) Иногда встрѣчались примѣры назначенія «почетныхъ», неприсутствующихъ членовъ совѣта.

Digitized by Google

Въ рукахъ совѣта была сосредоточена не только административная, но и судебная власть; совѣтъ назначалъ судей, имѣлъ надзоръ за отправленіемъ правосудія и дѣятельностью судовъ княжества и т. д.; онъ являлся, кромѣ того, высшимъ полицейскимъ органомъ, пользуясь правомъ изданія обязательныхъ постановленій. Ему же было предоставлено право «охраненія привилегій князя», въ родѣ, напримѣръ, права сдачи въ аренду княжескихъ охотъ и рыбныхъ ловль, горныхъ промысловъ и др. регалій, чеканки монеты, охраны государственной территоріи и государственныхъ имуществъ. Высшее финансовое управленіе княжества находилось также въ рукахъ совѣта, подъ контролемъ коего работала счетная палата (Chambre des Comptes). Наконецъ, подъ надзоромъ совѣта находились Общины и Церковь.

Должностными лицами княжества были канцлеръ, завѣдывавшій перепиской совѣта и князя, генералъ-прокуроръ, охранявшій законность, генералъ-казначей, генералъ-коммисаръ, завѣдывавшій доходами княжества и архивами, прокуроръ Валенгина, генералъ-адвокатъ, являвшійся представителемъ интересовъ князя и государства въ судахъ, секретарь государственнаго совѣта, и, наконецъ, начальники юрисдикцій (Chefs de Jurisdiction) или главные судьи 22 суд. округовъ (Jurisdictions).

Король являлся главнымъ начальникомъ мѣстныхъ войскъ, назначая непосредственно командующаго генерала; прочіе офицеры назначались губернаторомъ; въ вопросахъ внутренней организаціи военныхъ силъ, Невшатель долженъ былъ подчиняться общимъ требованіямъ Швейцарскаго союза, а не Пруссіи; исключеніе и въ этомъ отношеніи составлялъ гвардейскій батальонъ, находившійся въ непосредственномъ распоряженіи короля.

Въ международныхъ сношеніяхъ король былъ сильно ограниченъ фактомъ участія княжества въ Швейцарской федераціи, которой одной было предоставлено рѣшать вопросы мира и войны и международныхъ союзовъ; только въ экономическихъ и полицейскихъ вопросахъ были кантоны самостоятельны и только иногда слѣдовательно могъ король-князь дѣйствовать свободно. Именно въ этой области мы находимъ уже упомянутое выше наиболѣе значительное ограниченіе власти прусскаго короля, не имѣвшаго права вовсе вмѣшиваться въ швейцарскія союзническія дѣла; всякое дѣло, касавшееся въ какомъ-либо отношеніи союза, должно было рѣшаться въ Невшателѣ, безъ санкціи и участія короля [1]).

Другое ограниченіе королевской власти заключалось въ обязанности назначать на государственныя должности лишь природныхъ

[1]) См. напр. A. Piaget, La session de Neuchâtel, 1912, p. 64.

Digitized by Google

невшательцевъ. Королю принадлежали обычныя права помилованія и возведенія въ дворянство, равно награжденія титулами и знаками отличія. Король, далѣе, пользовался особыми доходами отъ княжества, что впослѣдствіи составило главный источникъ недовольства республиканцевъ и революціонеровъ.

Сословный сеймъ, не созывавшійся въ княжествѣ съ 1618 года, былъ возстановленъ Регламентомъ 26 декабря 1814 года и эдиктомъ 10 января 1816 года. Онъ долженъ былъ созываться губернаторомъ не рѣже, чѣмъ разъ въ два года; пропозиціи предлагались ему отъ имени князя генералъ-прокуроромъ [1]); затѣмъ происходило обсужденіе этихъ пропозицій; депутаты представляли, однако, не отдѣльныя сословія, а весь народъ, что ясно вытекаетъ изъ формы ихъ присяги; ни одинъ законъ не могъ быть изданъ, измѣненъ или отмѣненъ иначе какъ съ согласія сейма, но у короля имѣлось право veto или отказа въ санкціи законопроекта. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ сеймъ могъ обсуждать и общія союзныя дѣла. Составъ сейма былъ очень своеобразенъ; въ него включались: 10 старшихъ членовъ государственнаго совѣта, 14 нотаблей (изъ коихъ 4 были духовныя лица, назначаемыя королемъ), старшіе судьи (не болѣе 24), и 30 выборныхъ членовъ, избираемыхъ, какъ и нотабли, пожизненно; сеймъ почти всегда находился въ полной зависимости отъ государственнаго совѣта. Такой порядокъ просуществовалъ до 1831 года, когда послѣ революціи былъ значительно усиленъ представительный элементъ [2]).

Фактически вся власть и политическое вліяніе сосредоточивались въ рукахъ мѣстной олигархіи, пользовавшейся главнымъ образомъ услугами государственнаго совѣта [3]). Сеймъ въ томъ видѣ, въ коемъ онъ оказался возстановленнымъ въ 1814 году, не могъ быть самостоятельнымъ и не оказывалъ серьезнаго вліянія на политику правительства; онъ былъ скорѣе громоотводомъ и ширмой, за кои прятался совѣтъ; къ элементамъ зависимости сейма слѣдуетъ прибавить указанный выше способъ созыва и право обсужденія лишь тѣхъ пропозицій, которыя предлагало правительство.

Судебная власть была организована слѣдующимъ образомъ: судебный надзоръ находился въ рукахъ государственнаго совѣта; затѣмъ, высшимъ апелляціоннымъ судомъ являлся Tribunal des Trois-Etats, а подчиненными ему судами—окружные суды (Juridictions). Валенгинъ имѣлъ свой собственный высшій судъ. Оба

---

[1]) Подробнѣе см. «Réglement sur la manière de délibérer des Audiences générales du 17 Juin 1818».

[2]) О сеймѣ см. напр. H. Schulze, o. c., cap. 6, S. 58 u. ff.

[3]) См. напр. Grandpierre o c. ch. XI et s.

Digitized by Google

высшихъ суда засѣдали подъ предсѣдательствомъ губернатора; въ составъ ихъ входили: по 4 предсѣдателя (présidents) государственнаго совѣта, въ Невшателѣ — 4 шателена, а въ Валенгинѣ — 4 мэра, въ Невшателѣ — 4 судьи — представители буржуазіи, а въ Валенгинѣ — 4 начальника юстиціи (chefs de J.). Мы видимъ, слѣдовательно, что и въ высшихъ судахъ правительство располагало хорошо обезпеченнымъ большинствомъ голосовъ.

Остается упомянуть о способѣ, коимъ была установлена конституція 1814 года. Среди Невшательскихъ историковъ и юристовъ долго существовалъ ожесточенный споръ о значеніи актовъ, данныхъ прусскимъ королемъ, какъ въ 1806 году, такъ и въ 1814 году. Правильной, по нашему, является точка зрѣнія, согласно которой акты 1814 года суть слѣдствія «завоеванія»; прусское владычество было возстановлено силою оружія послѣ паденія Наполеона; такимъ образомъ новыя полномочія прусской короны были основаны на правѣ завоеванія, хотя королемъ expressis verbis подтвержденъ былъ существовавшій прежде государственный строй княжества. Воля Невшательскаго народа играла весьма малую роль въ совѣтахъ сѣверныхъ монарховъ и еще меньше на Вѣнскомъ конгрессѣ; такое весьма малое значеніе имѣло торопливое предложеніе государственнаго совѣта Невшателя, сдѣланное Фридриху Вильгельму; оно явилось лишь облегчающимъ политическимъ обстоятельствомъ, не имѣвшимъ юридическаго значенія, отказъ же Бертье отъ его правъ на княжество былъ вынужденъ силою оружія; съ точки зрѣнія права слѣдовательно имѣетъ значеніе лишь фактъ завоеванія[1]). Прусская литература, однако, не довольствовалась этимъ, а стремилась установить, кромѣ того, «договорное право» прусскихъ королей[2]), «eine vertragsmässige Succession», ярко отражающее тогдашнее монархическое понятіе «собственности монарха на подвластныя ему земли и княжества», согласно этому послѣднему взгляду Фридрихъ-Вильгельмъ получилъ свои права на Невшатель, кромѣ завоеванія, и черезъ посредство акта отказа Бертье, подписаннаго въ Парижѣ 3 іюня 1814 года и санкціонированнаго затѣмъ Вѣнскимъ актомъ 1815 года[3]).

Что же касается юридическаго значенія Вѣнскаго акта, то оно заключается въ закрѣпленіи въ международно-правовомъ отношеніи права прусскихъ королей на Невшатель; съ другой стороны,

---

[1]) Этого взгляда держалось подавляющее большинство современниковъ невшательцевъ; Grandpierre, Guinand (Fragments neuchâtelois, XI), Vattel (Droit des gens, T. II, ch. 13) и мн. др.

[2]) Напр. H. Schulze, o. c., стран. 149; J. L. Klüber, Droit des gens moderne, S. 255 и др.

[3]) Тексты актовъ напечатаны у Шульце, приложенія XXIV—XXVIII.

Digitized by Google

Вѣнскій актъ санкціонировалъ включеніе княжества въ Швейцарскую федерацію, ограничивъ этимъ въ значительной мѣрѣ власть короля-князя. Актъ этотъ регулировалъ такимъ образомъ внѣшнее положеніе Невшателя.

3.

Установленная актами 1814 года связь Невшателя съ Пруссіей обращала на себя весьма малое вниманіе теоретиковъ-государствовѣдовъ. Долгое время, съ легкой руки Германа Шульце (о. с., стран. 184 и сл.), въ литературѣ просто повторялось, безъ какихъ-либо доказательствъ, что между княжествомъ и Пруссіей существовала личная унія. Никто, конечно, не могъ отрицать, что Невшатель представлялъ собой государство, а не какую-нибудь провинцію, окрайну, край или т. п.; въ государственномъ строѣ княжества имѣлись налицо всѣ необходимыя по понятіямъ XIX вѣка реквизиты государственности, самостоятельная и автономная государственная власть, отдѣльная территорія, населенная народомъ, не имѣвшимъ ничего общаго съ пруссаками, независимые отъ Пруссіи государственные органы, составляемые изъ гражданъ самого Невшателя, наконецъ, и свое собственное понятіе подданства. Все это въ сильной мѣрѣ способствовало признанію связи съ Пруссіей лишь личной уніей княжества съ королемъ («Rechtsbeziehungen zu Preussen und zum preussischen Königshause»[1]); при этомъ связь эта была не временной, а постоянной; юридически она обосновывалась, кромѣ того, и тождествомъ права престолонаслѣдія, благодаря которому прусскій король ео ipso долженъ былъ впредь быть невшательскимъ княземъ. Совершенно такое же построеніе находимъ мы и у Rönne, другого идеолога прусской государственности середины минувшаго вѣка [2]). Въ такомъ видѣ вопросъ былъ воспринятъ и позднѣйшей литературой государственнаго права, безъ какой-либо критической провѣрки; всюду, гдѣ говорилось о личныхъ уніяхъ, упоминалось голословно и объ уніи Невшателя съ прусской короной; такъ напр. въ двухъ словахъ упоминаютъ о ней Ульманъ (E. Ullmann, Völkerrecht, 1898 г.) и даже Еллинекъ (Lehre von den Staatenverbindungen, 1882 г., стран. 87, прим. 8).

[1]) «Das Verhältniss Neuenburg's zu Preussen ist das der reinsten Personalunion; das einzige Band dieser an sich getrennten Staatskörper ist die Person des Monarchen», говоритъ Шульце, стран. 184.

[2]) «Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie», Bd. I (Leipzig, 1864), Th. I, Abt. I, S. 32, примѣч. I, стран. 124. «Eine Verbindung unter einem Herrscher, welcher in beiden Gebieten zur Regierung durch das Succession-Gesetz berufen ist». Въ отд. 3-мъ Рённе даетъ подробную исторію территорій Прусской монархіи, съ указаніемъ обширной тогдашней литературы вопроса. См. также: Hottinger, Neuenburg in seinen geschichtlichen und Rechtsverhältnissen zu der Schweiz und zu Preussen, 1853.

Digitized by Google

На неправильность подобной упрощенной формулы было указано мимоходомъ профессоромъ бар. Б. Э. Нольде, сославшимся при этомъ на текстъ ст. 23 Вѣнскаго акта[1]); «Король прусскій, его наслѣдники и преемники, читаемъ мы тамъ, будутъ имѣть какъ и прежде въ полномъ державномъ владѣніи и собственности княжество Невшатель и графство Валенгинъ»; связь такимъ образомъ установилась не съ прусскимъ королемъ, а съ прусской короной; у Невшателя не существовало вовсе какихъ-либо «собственныхъ» законовъ престолонаслѣдія, чѣмъ опровергается вышеприведенное мнѣніе Шульце о «параллельномъ» престолонаслѣдіи; съ другой стороны необходимо имѣть въ виду, что по тогдашнимъ понятіямъ король не былъ отдѣлимъ отъ короны и все принадлежащее государству принадлежало ему лично и vice versa; побѣдители Наполеона, возстановляя права Фридриха Вильгельма, eo ipso имѣли въ виду и саму Пруссію и ея «вознагражденіе». Наконецъ имѣлся еще одинъ связующій элементъ въ лицѣ прусскаго губернатора Невшателя; сама конституція 1814 года указывала, что губернаторъ былъ не невшательскій гражданинъ, а «внѣшній» (чужестранный) представитель короля. Такимъ образомъ получалась гораздо болѣе прочная, чѣмъ личная унія, связь княжества съ Пруссіей. Отцы актовъ 1814 года стремились установить именно прочную, постоянную связь, но въ тѣ времена всякое увеличеніе государства или государственной власти разсматривалось какъ естественное увеличеніе личной власти короля или вѣрнѣе даже его «имущества» властвованія. Имъ очень много помогло то обстоятельство, что въ Невшательскомъ вопросѣ приходилось лишь возстановлять старые институты, а не создавать новые, а институты эти носили средневѣковый характеръ, тѣхъ временъ, когда вся государственная власть разсматривалась дѣйствительно какъ «княжеское имущество» какъ въ прежнія времена, еще задолго до эпохи перваго прусскаго владычества надъ княжествомъ, такъ и теперь имѣлось въ виду «владѣніе», а не только властваніе короля-князя.

Въ этомъ отношеніи и произошло нѣкоторое «возстановленіе владѣнія», оказавшееся къ несчастью довольно не современнымъ и потому маложизненнымъ, что блестяще было подтверждено послѣдующими революціонными событіями. Но рядомъ со старыми монархическими институтами были созданы и новые, явившіеся нѣкоторыми поправками и уступками времени. Къ числу таковыхъ мы относимъ гражданскую свободу, торжественно обѣщанную хартіей прусскаго короля, а въ особенности институтъ народнаго

---

[1]) Постоянно нейтральное государство, С.-Пб. 1905 г., стран. 375 и слѣд.

Digitized by Google

представительства, организованный довольно своеобразно въ лицѣ сейма (Audiences générales), стѣсненный и ограниченный, но все же обоснованный на новомъ для той эпохи принципѣ участія народа въ законодательствѣ.

Идея возстановленія связи Невшателя съ Пруссіей принадлежала сѣвернымъ монархамъ, участникамъ Священнаго Союза. Дѣло, однако, не обстояло столь просто, какъ представляютъ его себѣ невшательскіе историки [1]); это не было вовсе, какъ они думаютъ, случайнымъ и спонтаннымъ актомъ побѣдителей Наполеона, которымъ невшательскій государственный совѣтъ напомнилъ о княжествѣ и предложилъ подчиненіе прусской коронѣ; невшательскими историками вовсе не принимается во вниманіе психологія монарховъ и ихъ совѣтниковъ, рѣшавшихъ въ Вѣнѣ судьбы Европы; между тѣмъ нѣтъ сомнѣнія, что эта психологія сыграла видную роль въ невшательскомъ вопросѣ.

На Вѣнскомъ конклавѣ, какъ хорошо извѣстно, первую роль игралъ Александръ Павловичъ. Послѣднему же идеи, положенныя въ основаніе конституціи и хартіи 1814 года, были хорошо знакомы.

Современникамъ тѣхъ событій представлялось два неразрѣшимыхъ, загадочныхъ вопроса, повторяемыхъ въ большинствѣ невшательскихъ мемуаровъ [2]), а именно: откуда взялась идея возстановленія давно забытыхъ Audiences générales и какова была цѣль подобнаго возстановленія института народнаго представительства въ эпоху, когда монархи повидимому старались забыть о народномъ суверенитетѣ 1789 года, а во-вторыхъ, откуда шла идея дарованія невшательцамъ конституціонной хартіи съ обезпеченіемъ имъ правъ гражданской свободы? Повторяемъ, съ точки зрѣнія невшательцевъ оба эти вопроса представляются совершенно неразрѣшимыми загадками и такъ и остаются по сей день безъ должнаго отвѣта.

Если обратить однако вниманіе на другую сторону исторіи актовъ 1814—1815 гг., на событія, разыгрывавшіяся въ Вѣнѣ, мы получимъ довольно легкій отвѣтъ на нихъ; разгадка заключается во вліяніи Александра I и его политическихъ идеаловъ. Въ эпоху Вѣнскаго конгресса онъ еще не находился полностью подъ пагубнымъ вліяніемъ Меттерниха и не отказывался еще окончательно

---

[1]) См. Piaget. Introduction à l'histoire de la révolution neuchâteloise 1909; de Tribolet, Histoire de Neuchâtel et Valangin, 1846; Guinand, Fragments neuchâtelois; F. de Chambrier, Mensonges historiques sur Neuchâtel, 1880; Numa Droz, La République neuchâteloise, 1898; Majer, Geschichte des Fürstenthums Neuenburg; J. Meyer, Geschichte des Schweizerischen Bundesrechts и др.

[2]) Напр. Grandpierre, о. с., стран. 72 и 49; Guinand, о. с., и нѣк. др.

Digitized by Google

отъ своихъ конституціонныхъ идеаловъ. Вѣдь, какъ разъ ему и въ тѣ же годы обязана была Польша своею конституціей и сеймомъ. Прусскій король, по всей вѣроятности, мало задумывался надъ вопросомъ о невшательскомъ представительствѣ, какъ правильно полагаютъ тамошніе историки, но Александръ считалъ нужнымъ установленіе этого института, а Фридрихъ-Вильгельмъ принужденъ былъ подчиняться волѣ русскаго литератора. Оттуда же проистекала идея дарованія княжеству конституціонной хартіи, ограничившей власть прусскаго короля.

Подробности участія Александра въ разрѣшеніи невшательскаго вопроса совершенно еще не выяснены исторической наукой; но уже двѣ указанныхъ основныхъ мысли подтверждаютъ фактъ его вліянія на Фридриха-Вильгельма. Ближайшее знакомство съ невшательскими актами 1814—1815 гг. выясняетъ одинъ знаменательный фактъ—ихъ огромное сходство въ основныхъ чертахъ съ конституціей Финляндіи 1809 года. Дѣйствительно, въ обоихъ случаяхъ народъ дѣлится на четыре сословія, съ обезпеченіемъ главенства и тутъ и тамъ небольшой олигархической группѣ; далѣе, монархъ-князь живетъ внѣ государства, находясь одновременно во главѣ бо́льшаго государства, отъ коего меньшее въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ зависитъ; единство монарха обезпечивается закономъ о престолонаслѣдіи; крупнымъ различіемъ, однако, является постановка вопроса о внѣшнихъ сношеніяхъ: тогда какъ въ Финляндіи вѣдомство этихъ дѣлъ предоставлено было полностью русскому монарху, въ Невшателѣ прусскій король былъ ограниченъ тѣмъ фактомъ, что княжество одновременно участвовало въ швейцарской федераціи и зависѣло отъ послѣдней во многихъ вопросахъ внѣшней политики. Большое сходство мы находимъ и въ способѣ представительства князя-монарха; такъ какъ въ обоихъ случаяхъ монархъ находился постоянно внѣ государства, то личность его была представлена въ самомъ княжествѣ губернаторомъ, стоявшимъ во главѣ исполнительной власти, предсѣдательствовавшимъ въ совѣтѣ, назначавшимъ должностныхъ лицъ и т. д., совершенно аналогично положенію финляндскаго генералъ-губернатора того времени; существенной гарантіей обоихъ княжествъ являлось аналогичное постановленіе о мѣстныхъ чиновникахъ, кои могли назначаться исключительно изъ гражданъ даннаго княжества, чѣмъ таковыя ограждались отъ наплыва чужестранцевъ и отъ злоупотребленій чужой для нихъ государственной власти; подобную же гарантію мы находимъ и въ нормахъ, регулировавшихъ положеніе мѣстныхъ войскъ, которыя могли быть употребляемы лишь для защиты даннаго княжества; Пруссія не могла вызывать невшатель-

Digitized by Google

скія войска для какихъ-нибудь собственныхъ нуждъ или войнъ. Еще большія черты сходства имѣются въ организаціи двухъ главнѣйшихъ органовъ княжествъ: государственнаго совѣта и сейма; въ Невшателѣ, какъ и въ Финляндіи, вся административная и судебная власть сосредоточивалась въ рукахъ совѣта, находившагося подъ предсѣдательствомъ губернатора; интересно даже совпаденіе названія этого высшаго органа и совмѣщеніе въ его вѣдомствѣ съ прочими функціями высшаго судебнаго надзора. Такое же удивительное сходство находимъ мы и въ положеніи законодательнаго органа княжествъ: въ обоихъ случаяхъ была та же зависимость отъ правительства, тотъ же недостатокъ иниціативы, тѣ же правительственныя пропозиціи, та же законоохранительная дѣятельность прокурора, наконецъ и то же малое политическое вліяніе.

Столь многія и столь существенныя черты сходства, конечно, не могутъ быть объясняемы однимъ лишь случайнымъ совпаденіемъ. Съ другой стороны, почти буквально то же самое можетъ быть повторено и относительно польской конституціи, дарованной Александромъ въ ту же эпоху. Но, да не подумаетъ читатель, что мы хотимъ сказаннымъ установить полное тождество этихъ конституцій или прямое заимствованіе институтовъ изъ одной въ другую[1]). Мысль наша сводится лишь къ указанію на сходство главныхъ идей, положенныхъ въ основаніе этихъ конституцій, свидѣтельствующее, что акты эти вышли изъ одной и той же лабораторіи, созданы одними и тѣми же лицами, во главѣ коихъ несомнѣнно стоялъ Александръ Павловичъ. Сходство названныхъ конституцій объясняется тремя общими причинами: 1) возстановленіемъ одинаковыхъ институтовъ прежняго времени, со включеніемъ средневѣкового понятія сословнаго представительства, 2) сходствомъ конструкціи отношеній меньшаго государства къ большему и къ монарху послѣдняго, и 3) общей политической программой творцовъ этихъ актовъ. Съ другой стороны, указанное сходство подтверждаетъ намъ тотъ фактъ, что данныя, какъ политическая комбинація, такъ и теоретическая конструкція, не были случайными выдумками, а результатомъ продуманной именно Александромъ системы.

Въ основу конституцій была заложена нѣкоторая знаменательная двойственность. Съ одной стороны мы находимъ почти средне-

---

[1]) Нельзя упускать изъ виду, что наиболѣе существенной чертой различія между Финляндіей и Невшателемъ, конечно, являлось участіе послѣдняго въ Швейцарской федераціи; таковое придавало Невшателю значительно бо́льшую самостоятельность, а впослѣдствіи оттуда проистекли революціонныя и сепаратистическія вліянія, приведшія къ разрыву связи съ Пруссіей.

Digitized by Google

вѣковое отождествленіе государства съ монархомъ, широкія личныя привилегіи князей, съ другой — уступку вліяніямъ времени возстановленіемъ нѣкоторой формы народнаго представительства, правда, ограниченнаго, урѣзаннаго, стѣсненнаго со всѣхъ сторонъ, но все же отражавшаго новую для того времени связь правительства съ народомъ. Здѣсь опять-таки приходится отмѣтить, что именно данная двойственность и противорѣчивая формула государственности была излюбленной идеей Александра.

Необходимо также указать и на другую основную черту этихъ конституцій: мы имѣемъ въ виду тождественный характеръ установленной ими связи меньшаго государства съ бо́льшимъ; таковая была создана въ лицѣ монарха бо́льшаго государства; здѣсь и только здѣсь находился весь центръ тяжести этой формы единенія, чѣмъ легко объясняется послѣдующая общая ошибка государствовѣдовъ, считавшихъ данные примѣры единенія личными уніями; изслѣдователями, историками, какъ и юристами, не учитывалось одно очень важное обстоятельство: какъ мы уже не разъ указывали, въ ту эпоху не произошло еще отдѣленія личности монарха отъ государства и менѣе всего подобное отдѣленіе приходило въ голову упомянутымъ правителямъ Сѣвера. Благодаря существовавшей тогда столь еще тѣсной связи монарха съ государствомъ, невольно получилась гораздо болѣе тѣсная связь и съ присоединенными къ данной «коронѣ» владѣніями-княжествами; соединеніе Невшателя съ Пруссіей, какъ и унія Финляндіи съ Россіей получили вслѣдствіе этого болѣе тѣсный характеръ, чѣмъ личная и потому случайная унія двухъ государствъ [въ коихъ произошло случайное совпаденіе (communio incidens) правъ на престолъ одного и того же монарха (Кокошкинъ)].

Такимъ образомъ выработалось совершенно своеобразное понятіе реальной уніи, въ которой составныя части не были равны и равнозначущи, а одна изъ нихъ являлась меньшей, болѣе стѣсненной въ осуществленіи государственныхъ функцій, чѣмъ другая, бо́льшая и самодовлѣющая. Источникомъ этой комбинаціи были: 1) завоеваніе и 2) международное соглашеніе, закрѣпленное Вѣнскимъ актомъ; единеніе этихъ двухъ государствъ выражалось въ цѣломъ рядѣ институтовъ, въ центрѣ коихъ стоялъ общій монархъ, представителемъ же его въ княжествѣ, осуществлявшимъ тамъ его функціи, былъ губернаторъ, назначаемый изъ Берлина[1]); гарантирована была эта унія правовыми обязательствами, возложенными

[1]) Невѣрно полагаетъ Еллинекъ «dass in der Regel auch keine Institutionen vorhanden sind, in denen eine Gemeinsamkeit zum Ausdrucke kommen könnte»; «Allg. Staatslehre», 1900, S. 685.

Digitized by Google

актами 1814—1815 годовъ на обѣ стороны; Невшатель былъ принужденъ признать правомочія Прусской короны, а послѣдняя была строго ограничена тѣмъ, что́ ей было предоставлено хартіей и конституціей 1814 года и Вѣнскимъ актомъ 1815 года. Отъ современнаго понятія реальной уніи унія Невшателя съ Пруссіей 1814 года отличалась указаннымъ выше неравенствомъ составныхъ частей [1]); подобная конструкція по самому своему существу должна была имѣть временный, преходящій характеръ; при неравенствѣ частей не могло установиться постояннаго равновѣсія, вслѣдствіе чего силою необходимости должно было либо развиваться увеличеніе самостоятельности меньшей части (что на самомъ дѣлѣ и имѣло мѣсто какъ въ Невшателѣ, такъ и въ Финляндіи), либо сокращеніе автономіи, вплоть до полнаго подчиненія меньшей части бо́льшей. Такова политическая судьба названной неестественной формы реальной уніи начала XIX вѣка, формы, въ коей еще чрезвычайно сильно отзывается дѣйствіе остатковъ идей и институтовъ ancien regime XVII и XVIII столѣтій [2]). Конструкція уніи 1814 года могла функціонировать лишь постольку, поскольку были налицо поименованныя выше условія: съ одной стороны, пока еще не вымерла окончательно идея отождествленія государства съ монархомъ, а съ другой, доколѣ могли мирно уживаться отмѣченныя противорѣчія новой идеи народнаго представительства съ прежнимъ понятіемъ монархическаго абсолютизма. Какъ только, къ серединѣ прошлаго вѣка, первая идея умерла, а народное представительство одержало полную побѣду надъ абсолютизмомъ, такъ неизбѣжно должна была вымереть, либо преобразоваться и указанная форма уніи Невшателя съ Пруссіей.

Очень характерно для подобнаго рода соединенія государствъ, что при немъ не имѣется общности политической жизни частей уніи; каждая изъ нихъ развивается совершенно самостоятельно.

Историческое значеніе разобранныхъ нами основныхъ идей, заложенныхъ въ основаніе Невшательскихъ актовъ 1814—1815 гг., сводится еще и къ слѣдующему; изученіе ихъ, по нашему крайнему разумѣнію, должно быть положено фундаментомъ для разработки исторіи финляндской конституціи 1809 года, да и всей Александровской эпохи. Повторяемъ, элементы сходства Невшательской и Финляндской конституцій — вовсе не случайное явленіе, наоборотъ, они ясно показываютъ, что мы имѣемъ дѣло съ нѣкоторыми основ-

---

[1]) Ср. съ конструкціей проф. Германсона уніи Финляндіи съ Россіей.

[2]) См. напр. Iellinek, Lehre von den Staatenverbindungen, S. 137 ff., Recht des modernen Staates, Staatenverbindungen, Kap. 21, Oberstaat und Unterstaat.

Digitized by Google

ными идеями политическаго міросозерцанія той эпохи вообще и Александра I въ частности; тогда считалось, напр., вполнѣ допустимымъ соединеніе двухъ неравныхъ государствъ, при сохраненіи каждому изъ нихъ полнѣйшей государственной самостоятельности.

Въ обоихъ указанныхъ примѣрахъ мы имѣемъ созданный политическою жизнью начала прошлаго вѣка первый шагъ къ гораздо болѣе сложнымъ формамъ государственнаго единенія конца XIX столѣтія.

Проф. *С. А. Корфъ*.

Digitized by Google

Конституціонный кризисъ въ Соединенныхъ Штатахъ[1].

«Если, по мнѣнію народа распредѣленіе властей въ какомъ-либо отношеніи неправильно, то пусть оно будетъ измѣнено способомъ, предусмотрѣннымъ конституціей, но пусть не будетъ измѣненій посредствомъ узурпаціи, такъ какъ это-то обычное оружіе, посредствомъ котораго разрушаются свободныя правительства»[2]. Эти слова составляютъ политическое завѣщаніе Вашингтона, оставленное имъ будущимъ поколѣніямъ.

Но на протяженіи XIX вѣка послѣдующія поколѣнія не смогли до конца выдержать приведеннаго завѣщанія Вашингтона. Правда, основные принципы, выработанные филадельфійскимъ конвентомъ, оказались даже болѣе живучими, чѣмъ того могли ожидать сами «отцы конституціи»; правда, ни федеральная власть не свела къ нулю компетенціи отдѣльныхъ штатовъ, ни отдѣльные штаты тѣмъ болѣе не обезсилили федеральной власти; не оказались болѣе правдоподобными и другія взаимно другъ другу противорѣчащія опасенія, что президентъ явится всемогущимъ «деспотомъ» благодаря обширности своихъ полномочій или что, наоборотъ, онъ самъ окажется, говоря словами авторовъ «Федералиста», вовлеченнымъ въ «стремительный водоворотъ» законодательной власти и превратится, какъ то предсказывалъ и Токвиль, въ лишенную всякаго реальнаго значенія фигуру. Самый текстъ конституціи въ вопросѣ о распредѣленіи власти между органами законодательства и исполненія за все время не претерпѣлъ никакихъ измѣненій, а между тѣмъ подъ этой неподвижной оболочкой все-таки происходили нѣкоторыя внутреннія перемѣщенія, подчасъ кипѣла и острая борьба.

---

[1]) Доложено въ Общемъ Собраніи Юридическаго Общества при Императорскомъ С.-Петербургскомъ Университетѣ 14 октября 1913 года.

[2]) Цитирую по message президента Джонсона «The House Journal» 1866, p. 11.

Digitized by Google

Вашингтонъ являлся преобладающею силой по сравненію съ Конгрессомъ и при содѣйствіи Гамильтона направлялъ дѣятельность законодательныхъ учрежденій. Начиная съ правленія Джеффферсона, опредѣляется возвращеніе Конгресса къ нормальному своему значенію. При Генри Клеѣ и Даніэлѣ Уебстерѣ колеблющаяся чашка вѣсовъ даже склонялась, повидимому, на сторону законодательныхъ учрежденій, пока народъ вторичнымъ избраніемъ президента Джаксона не поддержалъ энергично оборонявшейся исполнительной власти. При Авраамѣ Линкольнѣ полномочія президента, подъ вліяніемъ междуусобной борьбы, расширяются до крайнихъ своихъ предѣловъ, но, послѣ исчезновенія исключительныхъ обстоятельствъ, снова замыкается тѣсное кольцо, стѣсняющее свободу исполнительной власти, и обратная, хотя и пріобрѣтающая новый смыслъ, тенденція увеличенія власти президента начинаетъ вырисовываться въ послѣдніе годы XIX и первые годы XX столѣтія.

Однако, несмотря на нѣкоторыя внутреннія измѣненія, результаты болѣе, чѣмъ столѣтней эволюціи не оказались настолько существенными, чтобы основной принципъ «the checks and balances of power», положенный въ основаніе американской конституціи, могъ къ началу XX вѣка считаться окончательно разрушеннымъ. Скорѣе, наоборотъ, въ теченіе XIX столѣтія въ американской политической жизни даже нашли себѣ мѣсто новые факторы, которые продолжали вести Соединенные Штаты по пути распыленія значенія отдѣльныхъ государственныхъ органовъ, лишенныхъ единаго руководящаго центра; съ полнымъ правомъ это можно сказать по поводу развитія комитетскаго правленія, нанесшаго смертельный ударъ отвѣтственности депутатовъ, и партійной системы, создавшей другое, «невидимое», говоря словами сенатора Бевериджа, правительство («invisible government») позади офиціальныхъ руководителей государственной машины.

И вотъ, на зарѣ XX столѣтія Соединенные Штаты приходятъ къ такому печальному положенію вещей, которое находитъ себѣ краснорѣчивое описаніе въ статьѣ Вудро Вильсона: «The issues of Reform». «Политическіе разговоры послѣднихъ лѣтъ, касающіеся реформированія нашихъ политическихъ методовъ, приводятъ насъ обратно къ тому мѣсту, отъ котораго мы начинали. Мы имѣли въ виду, при нашемъ политическомъ зарожденіи, въ качествѣ націи, только одну прямую цѣль, именно: передать контроль въ руки народа, установить правленіе посредствомъ общественнаго мнѣнія, цѣликомъ демократическое по своему строенію и мотивамъ. Мы были заинтересованы въ этомъ даже больше, чѣмъ въ томъ, чтобы сдѣлать его дѣятельнымъ. Способность дѣйствовать обозначаетъ силу, сила

Digitized by Google

можетъ обозначать тиранію, а наши мысли были направлены къ тому, чтобы имѣть свободу какою бы то ни было цѣной. И вотъ теперь, когда нашъ опытъ насчитываетъ полныхъ сто тридцать лѣтъ, мы внезапно открываемъ, что не обладаемъ ни возможностью дѣйствія, ни возможностью контроля»[1]).

Эта переоцѣнка всѣхъ политическихъ цѣнностей знаменуетъ собою серьезное разочарованіе въ прежней системѣ «сдержекъ и равновѣсія власти» и настоятельную потребность въ созданіи системы, соединяющей возможность контроля съ возможностью дѣйствія, но для государствовѣда, можетъ быть, еще важнѣе, что тѣ формы, въ которыя выливается эта потребность отвѣтственности во всѣхъ областяхъ государственной жизни, въ настоящее время сильно отличаются отъ прежнихъ условій зависимости между органами государственной власти и общепризнаннымъ сувереномъ страны народомъ. Вѣдь еще демократическій президентъ Джаксонъ мечталъ о проведеніи въ жизнь принципа отвѣтственности всѣхъ должностныхъ лицъ. Но какими путями шелъ Джаксонъ и его послѣдователи къ намѣченной цѣли?

Конституціи отдѣльныхъ штатовъ, выработанныя подъ вліяніемъ его идей, даютъ точный отвѣтъ на этотъ вопросъ. Срокъ полномочій главы исполнительной власти былъ уменьшенъ до одного или двухъ лѣтъ. Его положеніе потерпѣло серьезный ущербъ. Его власть назначенія была сильно уменьшена. Многіе изъ наиболѣе важныхъ его помощниковъ избирались народнымъ голосованіемъ и сдѣлались независимыми отъ своего прямого начальника[2]). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ губернаторъ былъ даже лишенъ ограниченнаго права вето на законодательство. Но не слѣдуетъ думать, будто законодательная власть что-либо выиграла при этой эволюціи. Предѣлы ея правъ были тщательно и весьма узко очерчены мѣстными конституціями.

---

[1]) Рѣчь «The issues of Reform», произнесенная въ Канзасѣ 5 мая 1911 года. См. «The Initiative, Referendum and Recall» 1912. Edited by W. Bennet Munro, p. 69.

[2]) Печальной и, какъ это ни странно, современной иллюстраціей этой теоріи является слѣдующій случай, разсказываемый Вильсономъ въ другомъ контекстѣ. Шерифъ одного изъ штатовъ недавно допустилъ, чтобы отданный на его попеченіе преступникъ былъ отнятъ отъ него толпой и повѣшенъ судомъ Линча. Шерифъ при этомъ не только не оказалъ сопротивленія, но даже не выразилъ протеста. Губернаторъ штата отправилъ шерифу письмо, въ которомъ упрекалъ его въ преступномъ неисполненіи обязанности. Шерифъ отвѣтилъ губернатору открытымъ письмомъ, въ которомъ грубо рекомендовалъ послѣднему заниматься своими собственными дѣлами. Это грубое письмо прошло для шерифа совершенно безнаказаннымъ, но по существу — спрашиваетъ Вильсонъ — развѣ не былъ онъ правъ? Развѣ онъ зависѣлъ отъ губернатора или какого-либо другого должностного лица, а не исключительно отъ голосовъ своихъ сосѣдей, изъ которыхъ многіе участвовали въ толпѣ, повѣсившей преступника. (Перепечатано въ Collection of British Authors Wilson, The new freedom).

Digitized by Google

Представители судебной власти также избирались на короткіе сроки, чтобы сдѣлать ихъ болѣе «amenable to the public opinion» [1]). Всѣ усилія были приложены къ тому, чтобы передать всю полноту власти въ руки простого народа («of the plain people»). Но результаты оказались прямо противоположны тѣмъ, которыхъ съ нетерпѣніемъ ожидали. Раздробленіе отвѣтственности не привело къ желанной цѣли, и теперь, на ряду съ распространеніемъ отвѣтственности на такія области, которыя раньше оставались ей совершенно чуждыми, наблюдается проявленіе новой основной тенденціи американской политической жизни — консолидаціи отвѣтственности — сосредоточенія ея на какомъ-либо опредѣленномъ лицѣ или учрежденіи. Во всѣхъ областяхъ государственной жизни сказывается проявленіе этой новой тенденціи: въ офиціальномъ правительствѣ она даетъ себя чувствовать въ большей или меньшей степени въ предѣлахъ исполнительной, законодательной и судебной власти, въ сферѣ отношеній между этими властями, въ неофиціальномъ правительствѣ, она становится девизомъ, одухотворяющимъ собою широкую перестройку внутренно-партійной структуры, она просачивается сквозь незыблемыя постановленія конституціи, создавая новыя формы отношеній между народомъ и его представителями, расширяя компетенцію федеральнаго правительства и обѣщая въ будущемъ открыть дорогу новымъ, можетъ быть еще болѣе радикальнымъ измѣненіямъ посредствомъ созданія болѣе легкаго способа измѣненія конституціи.

Такимъ образомъ, старая вражда между теоріей «національной отвѣтственности», не боящейся концентраціи власти и сопряженной съ нею отвѣтственности, и противоположнымъ ученіемъ о «ненарушимыхъ» правахъ индивида, ученіемъ, питающимъ противодѣйствіе первой теоріи и болѣе склоннымъ привѣтствовать торжество маленькихъ винтиковъ государственнаго механизма, кончается, повидимому рѣшительною побѣдой принципа «національной отвѣтственности». Александръ Гамильтонъ былъ первымъ его провозвѣстникомъ въ исторіи американской политической мысли; «величайшій демократъ» Томасъ Джефферсонъ — наиболѣе вліятельнымъ его противникомъ.

И интересно отмѣтить при этой агоніи могущественной когда-то теоріи, что именно формальному преемнику Джефферсона, Вудро Вильсону, выпадаетъ на долю нанести роковой ударъ идеямъ американскаго «уравнителя». Ненарушимыя права индивида стали еще болѣе священными, но путь къ ихъ осуществленію отнынѣ ведетъ не черезъ раздробленіе власти, а, наоборотъ, черезъ усиленіе ея.

---

[1]) См. Herbert Croly, The promise of American Life, 1911, p. 119—120.

Digitized by Google

II.

Наиболѣе острая потребность въ консолидаціи отвѣтственности проявилась, разумѣется, въ сферѣ законодательной власти. Власть комитетовъ въ палатѣ представителей получила, какъ извѣстно, гипертрофическое развитіе. Палата представителей, заваленная грудой дѣлъ, поступающихъ изъ комитетовъ [1]), сама лишенная отвѣтственнаго руководительства, не имѣющая возможности потребовать интересующіе ее билли изъ комитетовъ, должна была уступить львиную долю своей власти независимымъ отъ нея комитетамъ[2]). Но послѣдніе, творя свою закулисную работу и находясь благодаря системѣ лоббіизма и log-rolling'a (взаимныхъ услугъ) въ значительной части подъ контролемъ безотвѣтственныхъ вліяній, сами не были высшими направляющими органами законодательной работы. Рядомъ съ комитетами или, вѣрнѣе, надъ ними существовала еще и другая власть, власть спикера, окончательно уничтожавшая вліяніе отдѣльныхъ членовъ палаты на ходъ законодательства. Главное изъ правъ, которымъ спикеръ палаты обладалъ до самаго послѣдняго времени, хотя это право и не было предоставлено ему конституціей, заключалось въ назначеніи имъ предсѣдателей и членовъ всѣхъ комитетовъ палаты. Непосредственно за этимъ совершенно безконтрольнымъ правомъ (если не считать частнаго вліянія нѣкоторыхъ лицъ на спикера) идетъ предсѣдательство спикера въ Committee on Rules, деспотически устанавливающемъ порядокъ занятій парламента и могущемъ помѣшать проведенію неугоднаго ему законопроекта[3]), и практически весьма важное

---

[1]) Въ одномъ январѣ 1905 года палата представителей рѣшила судьбу 459 биллей (Pierce, The Federal Usurpation, 1908, p. 166). Въ 56-мъ Конгрессѣ въ обѣ палаты было внесено 12152 билля, изъ которыхъ 1215 сдѣлались законами. Въ 57-мъ Конгрессѣ было принято 3430 биллей («government in state and Nation» James and Sanford, 1910, p. 167), что представляетъ особенный интересъ по сравненію съ Англіей, гдѣ въ періодъ времени съ 1899 по 1905 г. было принято 46 законовъ, имѣющихъ общее значеніе, и 246 частнаго характера.

[2]) «Комитеты могутъ измѣнить билль по своему усмотрѣнію (as they please), они могутъ провести это измѣненіе такъ далеко, что въ дѣйствительности получится новый билль, отражающій скорѣе точку зрѣнія комитета, чѣмъ его автора, наконецъ они могутъ посредствомъ ли того, что представятъ враждебный отчетъ о биллѣ, или задержатъ отчетъ до окончанія сессіи, или вовсе не представятъ его, — фактически уничтожить билль». La Follet, The Speaker, p. 243.

[3]) До самаго послѣдняго времени этотъ комитетъ состоялъ изъ пяти лицъ, но такъ какъ каждая партія располагала въ немъ двумя голосами, то все рѣшеніе зависѣло отъ поведенія спикера, и Чампъ Кларкъ могъ съ полнымъ правомъ сказать, когда было сдѣлано предложеніе передать одну демократическую резолюцію въ Committee on Rules: «it might as well be referred to the sleepers in the catacombs»: («оно могло бы съ такимъ же успѣхомъ быть передано мертвецамъ на кладбищѣ»).

Digitized by Google

право признанія (the right of recognition), дающее спикеру возможность систематически не замѣчать тѣхъ депутатовъ, которые въ засѣданіи палаты просятъ слова, не переговоривъ съ нимъ заранѣе о своемъ намѣреніи [1]).

При такомъ богатомъ арсеналѣ средствъ, отданныхъ въ полное распоряженіе спикера, приходится ли удивляться тому, что послѣдній сталъ могущественной «монархической» фигурой, какъ называли послѣдняго республиканскаго спикера Кеннона политическіе дѣятели страны.

Единственное средство, остающееся въ рукахъ недовольныхъ членовъ палаты, это filibustering — родъ диляторной обструкціи, но помимо того, что средство это мало способствуетъ успѣху парламентской работы, въ руки послѣднихъ спикеровъ (Рида и Кеннона) были вложены такіе скорпіоны, которые устранили и это ultima ratio отчаянія [2]).

Можно считать несомнѣннымъ, что спикеры послѣдняго времени (въ особенности Ридъ и Кеннонъ) были могущественнѣе, въ извѣстныхъ отношеніяхъ, перваго министра Англіи въ нижней палатѣ. Одинъ изъ тезисовъ, принятыхъ демократической партіей въ ея національной платформѣ 1908 года, гласилъ: «The representative government becomes a failure when one member in the person of the speaker is more powerful than the entire body» («представительное правленіе оказывается несостоятельнымъ, когда одинъ членъ въ лицѣ спикера становится болѣе могущественнымъ, чѣмъ все учрежденіе»). Смитъ высказываетъ почти ту же мысль, утверждая безъ всякихъ ограниченій, что «спикеръ и комитеты имѣютъ

---

[1]) Депутатъ Куперъ не могъ добиться слова въ теченіе 4 лѣтъ вслѣдствіе его оппозиціи угодному спикеру биллю, спикеръ Carlisle воспрепятствовалъ принятію Blair Education Bill'я тѣмъ путемъ, что отказывалъ въ словѣ его защитникамъ. (См. E. Coquet, La présidence de la Chambre des Représentants, «Revue du Droit Public», 1912, p. 201). Въ 1887 году представитель Небраски два часа стоялъ передъ спикеромъ, добиваясь признанія, и потомъ въ видѣ протеста разорвалъ на глазахъ спикера приготовленный билль. (Bushwell-Hart, Practical Essays on American government, статья «The Speaker as Premier»). Въ этихъ случаяхъ нѣтъ ничего удивительнаго, если вспомнить, что на рѣшеніе спикера по поводу предоставленія слова нѣтъ аппеляціи (Congressional Record, 2 session 58 Congress, p. 5050) и что спикеръ при извѣстныхъ условіяхъ даже можетъ предпочесть оратору, уже получившему признаніе другое лицо. (Record, 1 session, 55 Congress, p. 4255).

[2]) Такъ, напримѣръ, въ 51-мъ Конгрессѣ республиканское большинство было очень незначительно, и демократы-обструкціонисты, отказываясь голосовать по многимъ вопросамъ, дѣлали невозможнымъ для республиканцевъ собрать болѣе половины членовъ палаты при голосованіи. Тогда спикеръ Ридъ отдалъ распоряженіе клерку палаты вопреки старому правилу считать и тѣхъ членовъ, которые не участвовали въ голосованіи, а только присутствовали въ палатѣ и противъ желанія протестантовъ записывать ихъ имена въ «roll-call» (протоколъ голосованія). James and Sanford, op. cit, p. 176.

Digitized by Google

абсолютное право на законодательство даже вопреки волѣ большинства»[1]).

Но, обладая большею, быть можетъ, властью въ палатѣ, чѣмъ англійскій премьеръ, спикеръ не представлялъ ни одного изъ тѣхъ достоинствъ, которыя поднимаютъ на недосягаемую, по сравненію съ нимъ, высоту должность перваго министра Великобританіи. И при Кеннонѣ такъ же, какъ и при Ридѣ, американское законодательство отличалось тѣмъ же отсутствіемъ сознательно поставленныхъ задачъ, которое составляетъ Ахиллесову пяту всей системы. Поясню это примѣромъ: Въ 1908 г., идя навстрѣчу общему желанію страны и обѣихъ большихъ партій, члены республиканской партіи внесли въ палату представителей билль (House of Representatives, № 20122), требующій отъ партійныхъ комитетовъ полной отчетности финансовой стороны кампаніи. Совершенно механически къ этому безспорному принципу было прибавлено требованіе о производствѣ сравнительнаго подсчета числа взрослыхъ негровъ въ Южныхъ Штатахъ, по сравненію съ ихъ количествомъ, дѣйствительно пользующимся избирательнымъ правомъ. Въ силу причинъ, о которыхъ будетъ рѣчь въ дальнѣйшемъ изложеніи, демократы не могли голосовать за это добавленіе и были поставлены въ необходимость голосовать противъ всего билля, содержащаго принципъ, который они все время настойчиво защищали въ странѣ. Билль прошелъ палату голосами республиканской партіи, но въ Сенатскомъ комитетѣ (Committee on Privileges and Elections) оказался похороненнымъ изъ опасенія противодѣйствія со стороны демократической партіи.

Итакъ, общественное мнѣніе, обѣ партіи и президентъ (въ своей рѣчи принятія кандидатуры) высказались за главный и единственный принципъ билля, и все-таки, несмотря на это, билль не можетъ сдѣлаться закономъ. Одно изъ двухъ заключеній напрашивается при разсмотрѣніи этого факта: или a) республиканская партія была неискренна въ своемъ желаніи провести этотъ билль, что опровергается принятымъ на себя въ томъ же 1908 году обязательствомъ предать гласности свои финансовые отчеты, или b) техника законодательной работы настолько несовершенна, что требуетъ радикальной и неотложной реформы.

Еще во время республиканскаго спикерства Кеннона въ палатѣ представителей нарастала яркая оппозиція вопіющимъ недостаткамъ парламентской процедуры. Въ послѣдніе годы «владычества» Кеннона эта оппозиція включала въ себя не только всѣхъ почти членовъ

[1]) Smith, The spirit of American government, p. 200. Ср. кромѣ того, сен. Hoar, The Conduct of Business in Congress, въ «North American Review» V. 128, p. 121. Слабая защита старыхъ порядковъ у Treeman'a, A defence of Congressional government.

Digitized by Google

демократической партіи, но и немалочисленныхъ «инсургентовъ» республиканской партіи, во главѣ съ ярымъ противникомъ «боссовъ» Мердокомъ.

Неудивительно поэтому, что, когда на выборахъ 1910 года народъ отдалъ свои голоса демократическимъ кандидатамъ въ палату представителей, первымъ дѣломъ послѣдней, собравшейся въ новомъ составѣ, была реформа внутренней парламентской процедуры. Эта чрезвычайно важная въ парламентской исторіи Соединенныхъ Штатовъ реформа пошла, именно, въ направленіи той консолидаціи политической отвѣтственности, которая теперь намѣчается во всѣхъ областяхъ государственной жизни Америки.

Рѣшительная битва была дана уже въ 61-мъ Конгрессѣ (17—19 марта 1910 года), когда демократы, съ помощью республиканскихъ «инсургентовъ», провели постановленіе, согласно которому всемогущій Committee on Rules долженъ былъ избираться самой палатой въ составѣ десяти человѣкъ (шесть отъ большинства, четыре отъ меньшинства), его предсѣдатель выбирается самимъ комитетомъ, а спикеръ не можетъ быть даже его членомъ. Эти дни, справедливо названные лидеромъ демократовъ Чампомъ Кларкомъ «the days of salvation», имѣли свое продолженіе въ 62-мъ Конгрессѣ, въ теченіе которыхъ право назначенія всѣхъ другихъ комитетовъ, принадлежавшее спикеру съ 18 января 1790 года, было передано въ руки самой палаты. Въ 1911 году было постановлено, что власть назначенія комитетовъ будетъ отнынѣ принадлежать выбранному всей палатой комитету путей и средствъ, и, съ помощью вновь введенныхъ списковъ (Calendar of motions to discharge the committees и Calendar for unanimous consent), была установлена возможность для палаты потребовать билль изъ комитета и относительная свобода членовъ палаты отъ усмотрѣнія спикера. «Планъ, принятый Конгрессомъ, — утверждаетъ В. Брайанъ въ письмѣ къ автору этой статьи, — можетъ быть измѣненъ, если опытъ обнаружитъ его недостатки, но эти измѣненія будутъ итти въ направленіи созданія правилъ, обезпечивающихъ большее отраженіе воли народа [1])».

Осуществившаяся реформа имѣетъ еще и другое значеніе. Обѣщая освобожденіе спикера отъ несвойственныхъ ему функцій руководителя законодательной власти, она освобождаетъ дорогу для введенія института отвѣтственнаго лидерства въ палатѣ. Процессъ этотъ совершается на нашихъ глазахъ, хотя, надо сознаться, не вполнѣ безболѣзненно. Еще въ 1910 году, немедленно послѣ побѣды,

[1]) Я позволяю себѣ привести нѣкоторыя выдержки изъ писемъ Вилліама Брайана и Джэнса Брайса съ любезнаго разрѣшенія ихъ авторовъ въ виду того естественнаго интереса, который представляютъ ихъ утвержденія.

Digitized by Google

одержанной демократами надъ спикеромъ, послѣдніе пытались свергнуть его вотумомъ недовѣрія, подчеркивая тѣмъ самымъ партійный характеръ должности; въ слѣдующемъ конгрессѣ избранный спикеромъ представитель Миссури Чампъ Кларкъ, по примѣру своихъ предшественниковъ, произнесъ програмную рѣчь партійнаго характера, но новый путь намѣтился ясно и опредѣленно уже теперь. Отвѣтственный лидеръ палаты сидитъ отнынѣ не въ креслѣ спикера, и демократическое большинство Конгресса свободно избрало своего руководителя въ лицѣ депутата отъ Алабамы Эндервуда, и республиканское меньшинство вручило свою судьбу представителю Иллинойса Ману.

Не меньшее вліяніе на усиленіе политическаго значенія представительной палаты окажетъ та реформа, которая произвела сенсацію въ Америкѣ въ апрѣлѣ 1913 г., послѣ созыва экстраординарной сессіи Конгресса. Впервые за время существованія республиканской партіи общее собраніе ея парламентской фракціи (партійный каукусъ) происходило при свѣтѣ гласности, въ присутствіи представителей печати. Такъ какъ республиканцы въ этомъ отношеніи послѣдовали примѣру новой прогрессивной партіи, то теперь очередь остается только за демократами, увлекаемыми общимъ теченіемъ. Уничтоженіе господства безотвѣтственныхъ комитетовъ и тайныхъ каукусовъ, естественно, не можетъ не отразиться и повышеніи авторитета палаты.

Что касается Сената, то хотя самая процедура веденія дѣлъ въ верхней палатѣ и не возбуждала противъ себя такихъ возраженій, но организація ея за послѣднее время подверглась серьезнымъ и небезосновательнымъ упрекамъ. За послѣднія сорокъ лѣтъ Сенату пришлось разсмотрѣть пятнадцать случаевъ, въ которыхъ наблюдалась коррупція при избраніи сенаторовъ, въ то время какъ предыдущіе 84 года дали всего одно такое дѣло; въ виду сложныхъ интригъ за послѣднія 20 лѣтъ четырнадцать сенаторскихъ мѣстъ были вакантными и не заполнялись иногда по цѣлымъ годамъ (особенно печальное положеніе вещей сложилось въ Монтанѣ, Нью-Іоркѣ и Іовѣ); выходъ изъ создавшагося положенія былъ найденъ путемъ перехода къ новой системѣ выборовъ посредствомъ прямого народнаго голосованія[1]).

[1]) По поводу господства финансовыхъ вліяній въ американскомъ Сенатѣ В. Брайанъ говоритъ въ цитированномъ уже письмѣ къ автору этой статьи: «I cannot leave this particular branch of the subject without adding that a part of senator Aldrich prestige (Ольдричъ былъ долгое время злымъ геніемъ Сената. Б. Ш.) was due to the influence which could be exerted over some of the senators by the large business interests that supported, the policies favored by senator Aldrich. The influence of these special interests is being reduced so that J think there will be less to object to in the future».

Digitized by Google

III.

Федеральная конституція категорически запрещаетъ только совмѣстительство званія члена Конгресса и статсъ-секретаря, но ни слова не говоритъ о невозможности для представителей исполнительной власти присутствовать въ засѣданіяхъ Конгресса. Даже авторы «Федералиста», столь ригористически относящіеся къ теоріи раздѣленія властей, признавали принципіальную допустимость нѣкотораго контакта между органами исполнительной и законодательной властей [1]). Въ соотвѣтствіи съ этимъ при Вашингтонѣ статсъ-секретари присутствовали въ Конгрессѣ [2]), самъ президентъ обращался съ рѣчами къ палатамъ, еще Джонъ Адамсъ лично читалъ посланіе Конгрессу, и только со времени Джефферсона ведетъ начало то механическое обособленіе властей, неудачный выходъ изъ котораго впослѣдствіи пытались найти въ допущеніи статсъ-секретарей къ присутствію въ засѣданіяхъ комитетовъ.

Неудобство создавшагося положенія чувствовалось ясно: уже проектъ конституціи отколовшихся Южныхъ Штатовъ содержалъ постановленіе, допускающее статсъ-секретарей въ Конгрессъ по желанію палатъ, въ мартѣ 1865 года нѣсколько болѣе радикальное предложеніе, намѣчающее даже основы права запросовъ, было принято спеціально для того образованнымъ комитетомъ палаты представителей; въ февралѣ 1881 года соотвѣтствующее предположеніе было единогласно одобрено комитетомъ Сената, но роковымъ образомъ всѣ попытки произвести необходимую реформу, которая могла бы быть завершена простымъ измѣненіемъ наказа, вплоть до настоящаго времени терпѣли неудачу, и только теперь возникаетъ надежда, что настоятельная потребность въ координированной дѣятельности государственныхъ органовъ получитъ, наконецъ, свое выраженіе.

Въ своей исторической рѣчи передъ Lotos Club'омъ Нью-Іорка Вилліамъ Тафтъ, еще въ качествѣ президента, но уже послѣ избранія Вильсона, произнесъ слѣдующія, знаменательныя въ его устахъ слова: «Я не сомнѣваюсь въ томъ, что присутствіе способныхъ членовъ кабинета въ каждой палатѣ привело бы къ большей гармоніи при рѣшеніи государственныхъ дѣлъ въ обѣихъ палатахъ и обезпечило бы въ соотвѣтствіи съ партійными планами гораздо

---

[1]) См. «Le Féderaliste», французское изданіе подъ редакціей Жеза, p. 408.

[2]) Даже законъ 2 сентября 1789 года, организующій Treasury Department, говоритъ, что статсъ-секретарь, «shal make report and give information to either branch of the Legislature in person (разбивка моя. Б. Ш.) or in writing as may be required respecting all maters»... Ср. «Cabinet Officers in Conrgress» Perry Belmont въ «North American Review», январь 1912.

Digitized by Google

болѣе цѣнное, по сравненію съ настоящимъ, законодательство. Съ другой стороны, эта система позволила бы Конгрессу ближе подойти къ исполнительной власти, вникать болѣе дѣйствительно въ каждое ея дѣйствіе, достигать раскрытія причинъ, оправдывающихъ это дѣйствіе въ самый моментъ его совершенія, и доставлять обществу болѣе скорую освѣдомленность о ходѣ дѣлъ, находящихся въ сферѣ вліянія исполнительной власти посредствомъ прямыхъ разспросовъ враждебной критики, на которые долженъ быть данъ немедленный отвѣтъ... Это вызвало бы необходимость назначенія въ кабинетъ людей, привычныхъ къ дебатамъ и къ защитѣ своихъ позицій и предоставило бы обществу возможность судить о главѣ исполнительной власти и его правительствѣ гораздо болѣе справедливо и своевременно, чѣмъ при настоящихъ условіяхъ».

Такимъ образомъ въ области отношеній между исполнительной и законодательной властью наступаетъ новая эра: падаютъ перегородки въ теченіе столѣтія преграждавшія правительству дорогу въ Конгрессъ. Послѣдній разъ президентъ появился въ Конгрессѣ 22 ноября 1800 года; въ апрѣлѣ 1913 года Вильсонъ рѣшилъ оживить этотъ прецедентъ [1]). Нѣкоторыя слабыя возраженія противъ конституціонности этого намѣренія раздались въ Сенатѣ со стороны Лоджа и Вилліамса, но подавляющее большинство палаты представителей и Сената высказалось въ пользу предположенія новаго президента, и 8 апрѣля 1913 года сенаторы во главѣ съ вице-президентомъ Маршэлломъ посѣтили нижнюю палату для выслушанія посланія президента къ Конгрессу. Спикеръ палаты представителей Чамъ Кларкъ предоставилъ слово президенту, который передъ прочтеніемъ посланія, встрѣченный шумнымъ одобреніемъ, обратился къ членамъ Конгресса со слѣдующей рѣчью: «Я очень радъ воспользоваться этимъ случаемъ для того, чтобы обратиться непосредственно къ обѣимъ палатамъ и усилить въ самомъ себѣ впечатлѣніе, что президентъ Соединенныхъ Штатовъ является дѣйствительнымъ лицомъ, а не только частью правительства, привѣтствующаго Конгрессъ съ какого-то изолированнаго острова завистливой власти, отправляющаго посланія, не говорящаго естественно и своимъ собственнымъ голосомъ (with his own voice), что онъ является человѣческимъ существомъ, старающимся соединиться съ другими человѣческими существами въ общемъ служеніи. Послѣ этого пріятнаго опыта я буду себя чувствовать вполнѣ нормально во всѣхъ нашихъ совмѣстныхъ дѣйствіяхъ».

---

[1]) Любопытно отмѣтить, что и французскіе президенты послѣ Тьера и Макъ-Магона не обращались съ посланіями къ палатамъ.

Digitized by Google

Во время этого знаменательнаго засѣданія статсъ-секретари Берлесонъ, Редфильдъ, Вильсонъ, Макъ Аду, Макъ Рейнольдсъ и Даніэльсъ занимали мѣста среди членовъ законодательныхъ собраній. Хотя послѣдній гвоздь далеко еще не вбитъ въ гробъ старой системы, можно считать, что регулярное участіе членовъ кабинета въ работѣ Конгресса составляетъ только вопросъ ближайшаго времени.

Присутствіе членовъ кабинета въ Конгрессѣ съ правомъ голоса, хотя и не на правахъ полноправныхъ его членовъ, не можетъ не повести къ весьма важнымъ послѣдствіямъ. Несомнѣнно разовьется «политическая отвѣтственность» министровъ, принужденныхъ отвѣчать на парламентскія интерпелляціи. Но эта «политическая отвѣтственность» сама по себѣ еще не обозначаетъ парламентаризма, и вопросъ долженъ итти только о томъ, не можетъ ли она въ конечномъ результатѣ привести къ развитію парламентарнаго образа правленія въ Соединенныхъ Штатахъ или, наоборотъ, въ политической жизни Америки продолжаютъ господствовать иныя силы, упорно поддерживающія ея дуалистическую систему.

IV.

Было бы неправильно закрывать глаза на тѣ серьезныя препятствія, которыя придется на своемъ пути преодолѣть тенденціи образованія парламентарной системы правленія въ Соединенныхъ Штатахъ. Многія существенныя соображенія могутъ быть приведены противъ возможности столь коренного преобразованія въ вѣками сложившихся американскихъ условіяхъ.

Еще авторы «Федералиста» считали тенденцію поглощенія законодательной властью всѣхъ остальныхъ властей «ничѣмъ не преодолимой»[1]), но созданная при ихъ содѣйствіи система сдержекъ и противовѣсовъ оказалась настолько прочной, что за все время существованія американской конституціи, строго говоря, только однажды возникъ между законодательной и исполнительной властью конфликтъ на почвѣ «парламентарныхъ» тенденцій Конгресса.

Этотъ конфликтъ возникъ въ 1832 году по вопросу о Національномъ банкѣ. Національные республиканцы провели въ палатѣ представителей (большинствомъ 106 противъ 84) и въ Сенатѣ (большинствомъ 28 противъ 20) возобновленіе истекающаго устава Банка на 15 лѣтъ. Президентъ Джаксонъ наложилъ вето на билль, и сторонники послѣдняго не могли собрать достаточныхъ силъ въ Кон-

[1]) «Le Féderaliste», p. 597.

Digitized by Google

грессѣ, чтобы, принявъ билль вторично большинствомъ $^2/_3$ въ обѣихъ палатахъ, провести его черезъ голову президента, однако они приняли резолюцію, подтверждающую, что вклады Соединенныхъ Штатовъ могутъ безпрепятственно лежать въ банкѣ. Президентъ Джаксонъ тѣмъ не менѣе распорядился изъять вклады изъ банка, и 26 декабря 1833 г. Генри Клей, который вмѣстѣ съ Даніэлемъ Уебстеромъ являлся вдохновителемъ политики Конгресса, внесъ въ Сенатъ слѣдующую резолюцію порицанія, что «президентъ присвоилъ себѣ осуществленіе власти надъ казначействомъ Соединенныхъ Штатовъ, не дарованное ему конституціей и законами и опасное для свободы народа», и что «объясненія востребованія денегъ... подписанныя секретаремъ казначейства [1]) и представленныя Конгрессу 3 декабря 1833 года, являются неудовлетворительными и недостаточными (are unsatisfactory and insufficient»). 15 апрѣля 1834 года генералъ Джаксонъ отвѣтилъ посланіемъ Конгрессу, рѣзко протестующимъ противъ того, что президентъ считалъ impeachment'омъ противъ него, произведеннымъ въ противной конституціи формѣ. «Безъ какого-либо предварительнаго оповѣщенія, не выслушанный и не судимый, я нашелъ себя обвиненнымъ въ отчетѣ Сената. Если бы такой актъ Конгресса былъ одобренъ или поддержанъ народомъ, то тогда та великая борьба, которая обезпечила въ статутахъ, въ биллѣ о правахъ, въ священныхъ хартіяхъ и конституціяхъ правительствъ за каждымъ гражданиномъ право на извѣщеніе передъ судомъ, на выслушаніе передъ осужденіемъ и безпристрастный трибуналъ для разбора обвиненія, — эта великая борьба велась понапрасну». Сенатъ отказался принять это посланіе и постановилъ большинствомъ 27 противъ 16 голосовъ, что «президентъ Соединенныхъ Штатовъ не имѣетъ права посылать Сенату протестъ по поводу какихъ-либо его дѣйствій», но послѣ того какъ сен. Бентонъ ежегодно вносилъ предложеніе объ исключеніи изъ протоколовъ засѣданій Сената формулы порицанія Джаксону, 16 января 1837 окончательно отступилъ отъ своей позиціи, поручивъ клерку палаты обвести черною каймой спорную формулу и сбоку написать: «изъято по постановленію палаты».

Такъ неудачно для законодательной власти закончился первый опытъ подчиненія исполнительной власти волѣ Конгресса, но исходъ конфликта могъ считаться уже предрѣшеннымъ съ того момента, какъ вторичное избраніе Джаксона, получившаго 219 голосовъ въ избирательной коллегіи противъ 49 голосовъ, поданныхъ за

---

[1]) Это мѣсто резолюціи кромѣ того любопытно какъ первая попытка установить собственно министерскую отвѣтственность.

Digitized by Google

Генри Клея, обезпечило народныя симпатіи за представителемъ исполнительной власти [1]).

2) Соединенные Штаты, какъ и всѣ другія дуалистическія страны, повинуясь общей эволюціи, вводящей управленіе въ сферу активнаго контроля представительныхъ учрежденій, неизбѣжно пришли бы къ парламентаризму, если бы надъ всѣми проектами предложенными филадельфійскому конвенту 25 мая 1787 года, одержала верхъ схема Шермана, предлагавшаго вручить законодательной власти право избранія президента; даже если бы былъ проведенъ въ жизнь утопическій проектъ Гамильтона объ избраніи пожизненно избираемыми сенаторами пожизненнаго президента или даже, если бы созданная конвентомъ коллегія выборщиковъ выполняла ту роль, которая предназначалась ей «отцами конституціи», развитіе американской политической жизни могло бы вступить на рельсы парламентаризма [2]). Но новыя силы оказали воздѣйствіе на американскую конституцію, все больше отклоняя ее отъ стараго русла. Вмѣсто избирательной коллегіи выборщиковъ милліонный электоратъ стоитъ за спиной главы исполнительной власти. Начиная съ президентства Макъ-Кинли, свыше семи милліоновъ голосовъ въ среднемъ были поданы за каждаго президента.

Вся полнота исполнительной власти сосредоточена въ рукахъ президента республики. Его «official family» — отдѣльные статсъ-секретари—являются лишь простыми чиновниками. Во время описаннаго уже конфликта съ Конгрессомъ по поводу востребованія государственныхъ взносовъ изъ національнаго банка Джаксонъ въ сентябрѣ 1833 года прочелъ въ засѣданіи своего кабинета бумагу, въ которой онъ прямо говоритъ: «Президентъ снова заявляетъ, что онъ проситъ свой кабинетъ разсматривать предположенную мѣру какъ его собственную (as his own), для поддержки которой онъ никого не проситъ приносить въ жертву свои убѣжденія». Не совсѣмъ въ соотвѣтствіи съ этими словами, но въ полномъ согласіи съ теоріей отвѣтственности президента, послѣдній отставилъ статсъ-

[1]) Второе столкновеніе между исполнительной и законодательной властью имѣло мѣсто въ правленіе президента Джонсона, но въ этомъ случаѣ побѣда, какъ извѣстно, осталась за Конгрессомъ. Ср. Moore «The American Congress».

[2]) Косвеннаго вліянія законодательной власти, выражавшагося въ томъ, что съ начала XIX вѣка до 1824 года, когда «the King Caucus was dethroned» кандидаты каждой партіи на постъ президента избирались партійными кукусами, — было недостаточно. Несомнѣнно, что съ исторической точки зрѣнія это самое сильное возраженіе, которое какъ мнѣ представляется, можетъ быть сдѣлано сторонникамъ взгляда о неизбѣжности отказа Соединенныхъ Штатовъ отъ дуалистической системы. Но при этомъ надо имѣть въ виду, что самый способъ избранія главы государства еще не рѣшаетъ вопроса о положеніи послѣдняго. Вѣдь и французскій президентъ, избираемый на семь лѣтъ, фактически переживаетъ полномочія палаты депутатовъ, избираемой на четыре года, не говоря уже о перемѣнѣ состава Сената.

Digitized by Google

секретаря казначейства, отказавшагося выполнить его приказаніе и считавшаго эту мѣру выраженіемъ неуваженія по отношенію къ Конгрессу, и на его мѣсто назначилъ другого, немедленно выполнившаго отданное ему распоряженіе[1]).

Правда, если президентъ Соединенныхъ Штатовъ, продолжая оставаться въ роли своего собственнаго перваго министра, будетъ попрежнему олицетворять правительство, — это обстоятельство само по себѣ еще не исключаетъ возможности парламентаризма, такъ какъ и въ Англіи и въ другихъ парламентарныхъ странахъ солидарность кабинета часто достигала такого развитія, что вся отвѣтственность, строго говоря, персонифицировалась въ первомъ министрѣ. Но возможно ли допустить, согласуется ли это съ общей эволюціей американскихъ учрежденій, чтобы президентъ, вознесенный на вершину власти семимилліоннымъ электоратомъ, могъ оказаться свергнутымъ путемъ простого вотума нижней палаты. Если президентъ принадлежитъ къ республиканской партіи, а палата депутатовъ къ демократической[2]), — какимъ образомъ можетъ послѣдняя заставить президента измѣнить политику, отражающую взгляды избравшаго его народа. Да и при однородности партійнаго состава преобладаніе Конгресса далеко не является обезпеченнымъ: вѣдь сдѣлалъ же Т. Рузвельтъ въ бытность свою президентомъ слѣдующее заявленіе въ оправданіе своего поведенія въ вопросѣ о Панамѣ: «Если бы я слѣдовалъ традиціоннымъ консерваторнымъ методамъ, я представилъ бы Конгрессу разработанную государственную бумагу, вѣроятно размѣромъ страницъ въ двѣсти, и дебаты по поводу нея продолжали бы итти еще до настоящаго времени, но я захватилъ зону канала и предоставилъ Конгрессу дебатировать и въ то время, какъ шли дебаты, перешелъ и каналъ («If I have follwed traditional, conservative methods, I would have submitted a dignified state paper of probably two hundred pages to Congress, and the debate on it would have been going on yet; but I took the Canal zone and let Congress debate»)[3]).

Въ противоположность англійской эволюціи (съ 1707 года вето короля «уснуло» въ Англіи) въ Америкѣ и вето президента получило крайнее свое развитіе именно въ послѣднія десятилѣтія. Вашинг-

---

[1]) M. Ostrogorsky Democracy and the organisation of political parties, 1902, v. II, p. 727, считаетъ необходимымъ условіемъ развитія индивидуальной министерской отвѣтственности въ Соединенныхъ Штатахъ замѣну народнаго избранія президента путемъ выбора послѣдняго законодательнымъ собраніемъ.

[2]) Отъ ухода Джаксона до Макъ-Кинли за исключеніемъ періода междоусобной войны одна партія никогда не господствовала въ правительствѣ. M. Ostrogorsky, La démocratie et les parties politiques, 1912, p. 585.

[3]) Рѣчь въ университетѣ Калифорніи въ «Charter Day».

Digitized by Google

тонъ примѣнялъ вето только два раза, Джефферсонъ, Адамсъ, Джонъ Адамсъ, Ванъ-Бернъ, Тейлоръ, Фильморъ — ни разу. Въ первыя 76 лѣтъ существованія конституціи вето употреблялось президентами 52 раза, а въ одно первое президентство Кливиленда — 301 разъ[1]). Принято думать, что вето президента носитъ только суспензивный характеръ въ Америкѣ, но, насколько это соотвѣтствуетъ истинѣ, можно судить по тому, что изъ 433 проектовъ, пораженныхъ съ 1889 года президентскимъ вето, только 29 смогли собрать въ обѣихъ палатахъ большинство въ $^2/_3$ голосовъ, необходимое для того, чтобъ его парализовать. Не приходится этому удивляться, если мы вспомнимъ, что съ 1874 года ни одна партія не имѣла въ Сенатѣ прочнаго большинства въ $^2/_3$ голосовъ. Политика послѣдняго президента Вилліама Тафта, парализовавшаго посредствомъ вето все демократическое законодательство палаты, даже то, на которое согласился республиканскій сенатъ, общеизвѣстна. Пониженіе тарифныхъ ставокъ на шерсть и на сталь (Wool Bill, Steel Bill), нѣсколько раскрѣпощающее американскаго потребителя отъ безконтрольнаго господства трестовъ, уничтоженіе коммерческаго суда, возбудившаго противъ себя сильнѣйшее негодованіе въ американскомъ обществѣ за время своего недолгаго существованія, — вотъ важнѣйшіе проекты, получившіе утвержденіе Конгресса, но уничтоженные рукою Тафта (такъ какъ они не могли собрать $^2/_3$ голосовъ въ Сенатѣ).

Такимъ образомъ въ противоположность другимъ дуалистическимъ странамъ, гдѣ исполнительной власти a la longue приходится лишь обороняться отъ нападковъ законодательной власти, въ Америкѣ президентъ, чувствуя за своей спиной многомилліонный электоратъ, самъ иногда выступаетъ въ роли требовательнаго народнаго вождя.

Авторы «Федералиста» справедливо указывали, что сила законодательныхъ учрежденій заключается въ ихъ склонности отождествлять себя съ народомъ, но вѣдь этотъ главный источникъ ихъ значенія въ Америкѣ парализуется отчасти тѣмъ, что такое же право, и можетъ быть еще въ большей степени, на отождествленіе съ электоратомъ имѣетъ и президентъ отчасти выступленіемъ на политическую авансцену самого народа[2]).

---

[1]) Mason, The veto power, p. 214.

[2]) В. Брайанъ говоритъ по этому поводу въ цитированномъ уже письмѣ къ автору этой статьи: «J do not mean to deny that England's system has some advantage, but J believe that our system has more and greater advantages and that the english people are much more likely to borrow from our system than we are to borrow from theirs... (J am) believing, not that our government is perfect in every detail but that, in principle, it is the nearest approach to perfection in government that man has devised»...

Digitized by Google

V.

Парламентарная система въ Соединенныхъ Штатахъ, строго говоря, можетъ установиться даже помимо отмѣны того постановленія въ конституціи, которое воспрещаетъ совмѣстительство званій депутата и статсъ-секретаря. К. Н. Соколовъ совершенно справедливо провелъ рѣзкую и точную грань между понятіями парламентскаго и парламентарнаго кабинета [1]). Парламентарный кабинетъ можетъ быть составленъ въ Америкѣ изъ лицъ, не входящихъ въ составъ Конгресса, да и немедленный отказъ депутата отъ своихъ полномочій въ случаѣ включенія его въ новый кабинетъ при томъ условіи, что онъ получитъ право голоса въ обѣихъ палатахъ ex officio, не паноситъ особенно чувствительнаго вреда принципу парламентарнаго образа правленія. Что же касается возможности такого выбора членовъ кабинета изъ депутатовъ Конгресса, то сама жизнь уже разрушила предубѣжденіе противъ палаты представителей, какъ «резервуара» исполнительной власти, и въ новомъ кабинетѣ президента Вудро Вильсона трое статсъ-секретарей (Берлесонъ, Редфильдъ и Вильсонъ) взяты именно изъ состава палаты.

Если и какъ только будетъ выполнено политическое завѣщаніе Тафта, изложенное имъ въ посланіи Конгрессу отъ 3 декабря 1912 г. и предусматривающее участіе статсъ-секретарей въ засѣданіяхъ обѣихъ палатъ (а по этому вопросу уже врядъ ли могутъ возникнуть сомнѣнія), члены кабинета окажутся вовлеченными въ кругъ вліянія законодательной власти. Принужденные отвѣчать на интерпелляціи, отстаивающіе судьбу того или иного билля, которая отнынѣ не можетъ быть для нихъ безразлична [2]), они естественно должны будутъ выйти изъ положенія простыхъ чиновниковъ, чтобы занять болѣе отвѣтственное положеніе министровъ [3]).

Уже и теперь до проведенія реформы сказывается эта тенденція усиленія парламентарнаго характера должности статсъ-секретарей,

---

[1]) К. Н. Соколовъ, Парламентаризмъ, стран. 247 и сл.

[2]) Интересно отмѣтить нѣкоторые уже пройденные этапы этой эволюціи. Еще въ президентство Джонсона статсъ-секретарь казначейства Meculloh писалъ Конгрессу: «J respectfully recommend... the passage of an act of Congress» («Executive Documents» 1-го сессія 34-го Конгресса, № 135). Позднѣе же отдѣльные статсъ-секретари стали обращаться къ Конгрессу съ вполнѣ разработанными законопроектами и настаивать на ихъ проведеніи. Такъ, напримѣръ, 2 декабря 1907 года слѣдующія соображенія статсъ-секретарей сопровождаютъ представленные ими билли: «Jt is suggested that legislation in the following language would meet the needs of the situation» («House Documents», 1907, v. 108, № 56) или «with earnest request that it be enacted into law at the present session of Congress» (ibid, № 226).

[3]) Контрасигнированіе актовъ президента явится слѣдующимъ шагомъ въ развитіи министерской отвѣтственности. Вѣдь и французскія конституціи 1814 и 1830 годовъ ничего не говорили о контрасигнированіи.

Digitized by Google

и такой компетентный свидѣтель, какъ спикеръ палаты представителей, долженъ былъ съ огорченіемъ констатировать въ своей статьѣ «Shall the People rule?», «что каждый Божій день члены Конгресса поднимаются со своихъ мѣстъ и безпокойно спрашиваютъ, поддерживается ли или вносится ли главою исполнительнаго департамента тотъ или иной билль. Если это такъ, имъ кажется все благополучнымъ. Если это не такъ, все не годится. Они забываютъ, что эти начальники департаментовъ, которые безъ всякаго сомнѣнія являются сами по себѣ выдающимися людьми, по существу только назначенные президентомъ главные клерки».

Съ другой стороны, есть симптомы, указывающіе и на возможность болѣе активнаго участія президента въ парламентской работѣ. Въ одномъ изъ послѣднихъ номеровъ журнала «The Outlook» [1]) авторитетно сообщается о предположеніяхъ Вильсона выступать передъ Конгрессомъ въ серьезныхъ случаяхъ съ живымъ словомъ и объ оживленіи, царящемъ нынѣ вокругъ пустовавшей ранѣе комнаты президента въ Конгрессѣ. Президентъ имѣетъ, согласно конституціи, право рекомендовать вниманію Конгресса тѣ законодательныя мѣры, которыя онъ считаетъ необходимыми и полезными («necessary and expedient»); это право, которое окончательно не отмирало даже въ президентство Джонсона, когда всѣ полномочія исполнительной власти были сведены къ самымъ тѣснымъ границамъ, можетъ достигнуть большого значенія въ ближайшіе годы.

Говоря теоретически, переходъ къ системѣ парламентаризма можетъ быть осуществленъ или а) путемъ низведенія президента республики до роли французскаго президента и превращенія статсъ-секретарей въ министровъ, надѣленныхъ политическою властью съ параллельнымъ возвышеніемъ одного изъ нихъ до положенія перваго министра, или б) въ сохраненіи за президентомъ роли перваго министра на обязательномъ условіи солидарности между политикой его кабинета и желаніями Конгресса [2]).

---

[1]) «The Outlook», 1913, p. 845.

[2]) Возможность введенія парламентаризма изъ русскихъ авторовъ положительно признаетъ М. М. Ковалевскій и въ своемъ капитальномъ трудѣ «Отъ прямого народоправства къ представительному и отъ патріархальной монархіи къ парламентаризму» и въ предисловіи къ переведенному П. П. Гронскимъ, Конгрессіональному правленію, Вудро Вильсона, и повидимому, С. А. Котляревскій въ своей статьѣ: Сущность парламентаризма («Юрид. Вѣстникъ», кн. 2). По принципіальнымъ основаніямъ эту возможность отрицаетъ К. Н. Соколовъ, Парламентаризмъ. Изъ иностранныхъ изслѣдователей на сторонѣ отрицанія стоитъ De Chambrum, Le pouvoir exécutiv aux État-Unis, p. 357), на сторонѣ утвержденія L. Barde («Revue du Droit Public», 1894, v. 2, p. 543), повидимому, Вудро Вильсонъ и по существу дѣла Burgess, Political science and comparative constitutional law, v. II, p. 39. Джэмсъ Брайсъ, какъ будетъ особо отмѣчено ниже, примыкаетъ скорѣе къ первой группѣ, но онъ вѣритъ все же въ блестящее будущее палаты пред-

Digitized by Google

Но тотъ тезисъ, который можно поддерживать съ наибольшей долей человѣческаго предвидѣнія, заключается въ утвержденіи, что дуализму, раздиравшему государственный организмъ Соединенныхъ Штатовъ на двѣ чуждыхъ другъ другу половины, — настаетъ безславный и окончательный конецъ. Подводя итоги послѣдней сессіи Конгресса, спикеръ палаты представителей обратился къ депутатамъ съ такимъ заявленіемъ: «Нѣсколько дней тому назадъ лидеръ меньшинства (мистеръ Манъ — руководитель республиканской партіи) выразилъ сожалѣніе по поводу того факта, что мы не имѣемъ отвѣтственнаго правительства подобнаго тому, которое существуетъ въ Великобританіи. Всѣ сознательные люди, думавшіе надъ этимъ вопросомъ, соединяются съ нимъ въ этомъ чувствѣ» [1]). Въ другомъ мѣстѣ тотъ же мистеръ Кларкъ даетъ и обоснованіе своей точкѣ зрѣнія: «Мы могли бы заимствовать отъ англійскаго народа эту идею (парламентаризма), которая бы, какъ я думаю, только усилила нашу систему. Замѣтили ли Вы, что три вѣтви нашего правительства совершенно не координированы. Что онѣ до извѣстной степени находятся въ состояніи вооруженнаго перемирія по отношенію другъ къ другу. Что онѣ большею частью дѣйствуютъ такимъ образомъ, какъ будто бы одна изъ нихъ нуждалась въ защитѣ противъ другой» [2]).

То обстоятельство, что основная тенденція заключается въ необходимости усиленія правительственной власти, нисколько не противорѣчитъ возможности парламентаризма, такъ какъ именно послѣдній въ своемъ новѣйшемъ развитіи обезпечиваетъ силу и значеніе за исполнительной властью, не свойственное ей при другихъ конституціонныхъ формахъ правленія: исполнительная власть, можетъ быть, никогда не была такъ слаба, какъ во время президентства Джаксона при господствѣ яркаго дуализма и никогда можетъ быть не была такъ сильна, какъ теперь въ Англіи въ условіяхъ парламентаризма.

Но возникаетъ вопросъ, достаточно ли сильна законодательная власть, чтобы сдѣлаться центромъ государственной пирамиды. Здѣсь мы подходимъ къ основнымъ проблемамъ конституціоннаго права, которыя здѣсь по необходимости должны быть затронуты очень суммарно.

«Жизненный принципъ» парламентаризма — то, что есть въ этой идеѣ политически цѣннаго, то, что обезпечило послѣдней всемірное

ставителей: «Какія страшныя бури могутъ разражаться въ этой залѣ въ тѣ отдаленные будущіе вѣка, когда европейскіе парламенты утратятъ всякое значеніе». («Американская республика», т. I, стран. 168.)

[1]) Ср. «The Democratic Text-Book», p. 321.

[2]) Сборникъ «The great leaders and national issues of, 1912», p. 60.

Digitized by Google

господство, — заключается не только въ опредѣленнаго рода взаимоотношеніяхъ между исполнительной и законодательной властью, но также и въ предполагаемой гармоніи между послѣдней и общественнымъ мнѣніемъ страны. Парламентаризмъ, въ широкомъ смыслѣ, есть «режимъ обязательной политической солидарности между правительствомъ и органомъ или органами, которые признаются авторитетными выразителями народнаго мнѣнія»[1]), только парламентаризмъ въ узкомъ смыслѣ ограничивается обязательнымъ соотвѣтствіемъ между политикой правительства и желаніями даннаго состава нижней палаты[2]). Если бы содержаніе парламентаризма цѣликомъ исчерпывалось только необходимостью солидарности между нижней палатой парламента и правительствомъ[3]), Chambre introuvable или какая-либо другая палата, построенная на узко-классовомъ основаніи, не должна бы была признаваться принципіально противорѣчащей духу парламентарнаго образа правленія. Уже и подавно такое положеніе вещей, когда палата, которая въ моментъ своего избранія всѣми признавалась за авторитетнаго выразителя мнѣнія народа и лишь потомъ на основаніи нѣкоторыхъ слабыхъ и не всегда достовѣрныхъ симптомовъ, давала поводъ думать о возможности расхожденія ея взглядовъ съ желаніями избирателей, не должно было приводить къ перемѣнѣ правительства, какъ это случилось въ 1905 году съ кабинетомъ Бальфура. Если бы парламентаризмъ всегда обозначалъ только необходимое согласованіе между парламентомъ и прави-

---

[1]) С. А. Котляревскій, Сущность парламентаризма, «Юрид. Вѣстникъ», кн. 2-я.

[2]) Именно такимъ формальнымъ пониманіемъ парламентаризма и объясняется позиція, занятая въ этомъ вопросѣ Брайсомъ. Джэмсъ Брайсъ въ письмѣ къ автору этой статьи, хотя и признаетъ, что «такъ какъ министры Соединенныхъ Штатовъ не зависятъ отъ Конгресса и такъ какъ Конгрессъ не склоняется необходимо къ каждому мнѣнію президента, то (въ Америкѣ) существуетъ потребность въ гармоніи между исполнительной и законодательной властью, и законодат. измѣненія, которыхъ желаетъ народъ или необходимость которыхъ признаетъ исполнительная власть, не могутъ быть проведены съ той быстротой, съ которой они были бы проведены при англійской системѣ»; но оговаривается Брайсъ: «хотя всѣ эти черты американской системы подвергались сильной критикѣ, слѣдуетъ помнить, что измѣненіе ихъ могло бы повлечь за собой другія, можетъ-быть, еще большія несчастія, и я лично не думаю, чтобы для такой обширной страны, какъ Соединенные Штаты было безопасно принять англійскую систему. Опасность предоставленія колоссальной власти одной палатѣ (разбивка моя. Б. Ш.), руководящей кабинетомъ, была бы въ цѣломъ слишкомъ велика (too great)».

[3]) Блестящее обоснованіе такой точки зрѣнія далъ К. Н. Соколовъ (прекрасныя критическія замѣчанія на его теорію въ рецензіи А. С. Алексѣева. «Юридическій Вѣстникъ» 1913, кн. 1). Мнѣ кажется, однако, необходимымъ расширить нѣсколько рамки этого понятія въ направленіи, указанномъ проф. С. А. Котляревскимъ, именно съ точки зрѣнія теоріи Л. І. Петражицкаго. Вопросу этому я предполагаю посвятить самостоятельную работу.

Digitized by Google

тельствомъ, — абсолютно антипарламентарнымъ и противоправнымъ (если признать правовой характеръ парламентаризма) явилось бы продолженіе существованія кабинета, получившаго вотумъ недовѣрія отъ нижней палаты и спасающаго свое существованіе въ надеждѣ на судъ избирателей роспускомъ парламента. Иначе говоря, при такой концепціи слѣдовало бы роспускъ нижней палаты считать несовмѣстимымъ съ принципомъ парламентарнаго образа правленія и гармонію между палатой и народомъ считать за praesumptio juris et de jure. А между тѣмъ это далеко не такъ, и даже первый министръ Англіи Асквитъ, отстаивавшій абсолютное верховенство нижней палаты, долженъ былъ признать наличность такихъ случаевъ, когда нижняя палата не отражаетъ народныхъ воззрѣній[1]).

Если при такихъ условіяхъ роспускъ, возстанавливающій нарушенную гармонію, все же не противорѣчитъ торжеству парламентарнаго принципа, а наоборотъ, ему содѣйствуетъ, то становится несомнѣннымъ, что идея парламентаризма психологическими своими корнями связана съ довѣріемъ электората, лишь находящимъ себѣ выраженіе въ довѣріи парламента. А при такихъ условіяхъ нѣтъ принципіальныхъ основаній и къ тому, чтобы народоправство, развивающееся въ Соединенныхъ Штатахъ, не могло проложить себѣ дороги черезъ парламентъ и посредствомъ парламентаризма[2]).

Неизбѣжнымъ послѣдствіемъ этого вовсе не является усиленіе власти Конгресса за счетъ президента; возможна напротивъ обратная эволюція установленія солидарности путемъ приведенія Конгресса въ отдѣльныхъ случаяхъ къ мнѣнію президента, но тѣмъ или инымъ путемъ дуализмъ въ Соединенныхъ Штатахъ окажется устраненнымъ.

VI.

Быть-можетъ наиболѣе интересной особенностью американской системы является положеніе судебной власти, имѣющей право и возможность аннулировать любой законъ, противорѣчащій постановленіямъ конституціи. При этомъ Верховный судъ Федераціи, надѣленный такою властью вето по отношенію къ представляющимъ населеніе законодательнымъ учрежденіямъ, самъ былъ поставленъ въ независимое отъ смѣны народныхъ воззрѣній положеніе. Разумѣется, сами судьи не могли оставаться совершенно чуждыми той

---

[1]) «Parliamentary Debates», 1910, v. XVI, p. 897. См. подробнѣе статью Б. Е. Шацкаго, Конституціонный кризисъ и представительная система въ Англіи, «Право» № 41, 42, 44 за 1911 годъ.

[2]) Въ этомъ смыслѣ весьма поучительна заслуживающая особаго разсмотрѣнія австрійская практика.

Digitized by Google

политической эволюціи, которую переживали Соединенные Штаты и въ соотвѣтствіе съ этимъ интерпретація конституціи иногда сглаживала острые углы неподвижныхъ ея рамокъ [1]), но естественный консерватизмъ судейскаго элемента, стремящагося къ охранѣ конституціи болѣе, чѣмъ къ удовлетворенію желаній временнаго большинства населенія, углублялъ пропасть между законодательной и судебной властью.

Этой власти судовъ налагать вето на постановленія законодательныхъ учрежденій начала за послѣднее время угрожать серьезная опасность. Въ то время какъ проф. Гудноу разрушалъ теоретическое ея основаніе, утверждая, что въ государствѣ нѣтъ трехъ властей, а есть только двѣ: власть выраженія воли государства и власть исполненія его воли, — въ общественномъ мнѣніи нарастала все болѣе яркая оппозиція противъ этого препятствія, вставшаго на пути демократическаго законодательства.

Конфликтъ между судебной и законодательной властью долженъ былъ достигнутъ особенной остроты именно за послѣднее время, когда неотложные вопросы соціальнаго законодательства стали настоятельно требовать правовой регламентаціи и нозади представительныхъ учрежденій стало ощущаться давленіе большинства избирателей. Два эпизода конфликтнаго характера заслуживаютъ быть здѣсь отмѣченными въ общей картинѣ развитія послѣдняго времени. Въ штатѣ Нью-Іоркъ недавно былъ принятъ билль объ отвѣтственности предпринимателей. Основной принципъ закона заключался въ правѣ требовать вознагражденія отъ предпринимателя въ случаѣ полученія увѣчья независимо отъ вины послѣдняго. Верховный судъ шт. Нью-Іоркъ призналъ этотъ законъ, противорѣчащимъ конституціи на томъ основаніи, что онъ дозволяетъ безъ достаточнаго основанія переходъ имущества отъ одного лица къ другому. Желѣзнодорожная компанія получила возможность отказаться отъ вознагражденія семьи погибшаго сцѣпщика вагоновъ, но вокругъ дѣла была создана агитація, пошатнувшая положеніе судебной власти.

Во второмъ характерномъ случаѣ (Standard Oil Company Case) Верховный судъ Соединенныхъ Штатовъ не прямо призналъ законъ неконституціоннымъ, а лишь аннулировалъ его дѣйствіе въ извѣстномъ направленіи. Прокуратура штата Нью-Джерси на основаніи закона Шермана противъ трестовъ (Sherman, Anti-trust law), запрещающаго ограниченіе послѣдними производства въ какой-либо области, начала уголовное преслѣдованіе противъ нефтянаго треста

[1]) Напримѣръ, въ «Нейглъ-Филдсъ case».

Digitized by Google

(Standard Oil Company), принявшаго характеръ монопольнаго предпріятія. Когда дѣло поступило на разсмотрѣніе Верховнаго суда, послѣдній рѣшилъ, что законъ воспрещаетъ не всякое ограниченіе конкуренціи трестами, а только «неразумное, unreasonably» ея ограниченіе, т.-е. иначе говоря, включилъ въ текстъ закона слово и понятіе «unreasonably», которыхъ въ немъ не было и которыя ранѣе были отвергнуты Конгрессомъ. Несмотря на то, что этотъ случай лишь косвенно затрагивалъ сферу законодательной власти, демократическіе слои были испуганы той широтой правъ, которой безконтрольно пользовались судебные органы, и на политическую авансцену выступили реформаторы, выставившіе на ряду со старымъ требованіемъ возможности отозванія судей народомъ (recall of judges) новое предложеніе о пересмотрѣ судебныхъ рѣшеній, уничтожающихъ акты законодательной власти, самимъ народомъ («the recall of judicial decisions»).

Возможность отозванія судей штатовъ, въ свое время защищавшаяся еще Брайаномъ, представляя собою болѣе или менѣе успѣшное средство для борьбы съ укоренившимся зломъ безотвѣтственности судей, не представляетъ принципіальнаго интереса. Но зато второе предложеніе о передачѣ самому народу права истолкованія «своей» собственной конституціи наноситъ ударъ въ самое сердце традиціонной американской теоріи.

«Я полагаю», заявилъ вождь прогрессистовъ Теодоръ Рузвельтъ, «что, когда высшій судъ штата расходится съ представительнымъ собраніемъ по вопросу о конституціонности закона, народъ долженъ имѣть право опредѣлять путемъ выборовъ допускаетъ ли, по его мнѣнію, конституція, которую онъ самъ создалъ, такой законъ или нѣтъ [1])». Въ своемъ исповѣданіи вѣры передъ Національной Прогрессивной Конвенціей 6 августа 1912 года Т. Рузвельтъ развилъ подробнѣе свою аргументацію: «Я отрицаю», говорилъ онъ, «чтобы американскій народъ уступилъ какой-либо группѣ людей, каково бы ни было ихъ положеніе или ихъ характеръ окончательное право рѣшать тѣ основные вопросы, отъ которыхъ зависитъ свободное самоуправленіе. Самъ народъ долженъ быть создателемъ своей собственной конституціи и, когда его агенты расходятся съ нимъ въ ея интерпретаціи, самому народу должна быть предоставлена возможность послѣ полнаго и всесторонняго обсужденія, авторитетно постановить, какое толкованіе онъ даетъ конституціи и это послѣднее должно быть обязательнымъ для его представителей» [2]).

---

[1]) «My political creed» Th. Roosvelt.
[2]) Th. Roosvelt's, Confession of Faith, before the Progressive National Convention, p. 9.

Digitized by Google

Сторонники этого взгляда пытаются утверждать, что такая передача самому народу права послѣдняго слова въ области истолкованія конституціи не представляетъ такого новшества, которое не находило бы себѣ антецедентовъ въ американской исторіи: при нѣкоторыхъ усиліяхъ, правда, можно разыскать на протяженіи XIX вѣка два случая, весьма отдаленно напоминающіе рекомендуемую нынѣ процедуру аннулированія судебныхъ рѣшеній. Такъ, когда при судьѣ Маршэллѣ было вынесено постановленіе, что штатъ Georgia является стороной по отношенію къ частному лицу, народъ отмѣнилъ это рѣшеніе при помощи одиннадцатаго добавленія къ конституціи, постановляющаго, что юрисдикція судовъ Соединенныхъ Штатовъ не распространяется на «any suit in law or in equity» противъ какого-либо штата [1]). Когда въ 1861 году федеральные судьи, симпатизируя возстанію, дозволили собираніе внутреннихъ доходовъ, Конгрессъ Соединенныхъ Штатовъ посредствомъ акта, состоящаго всего изъ двухъ строчекъ, свелъ на нѣтъ значеніе этого постановленія.

Однако, едва ли нужно доказывать, что цѣлая пропасть лежитъ между этими случайными эпизодами, не нарушающими принципіальнаго верховенства судебныхъ органовъ въ области истолкованія дѣйствующихъ постановленій закона и установленіемъ полнаго верховенства народа, нынѣ рекомендуемымъ. То обстоятельство, что Рузвельтъ уже въ своей Columbus Speech провелъ рѣзкую грань между постановленіями федеральной конституціи, попрежнему подверженной толкованію Высшаго суда, и содержаніемъ мѣстныхъ конституцій, освобождаемымъ отъ рѣшительнаго воздѣйствія судебныхъ органовъ, не уничтожаетъ принципіальнаго значенія намѣчающагося процесса, сметающаго на своемъ пути наиболѣе твердыя «сдержки и равновѣсія» въ пользу торжествующаго принципа народнаго контроля.

VII.

Съ слишкомъ большою подозрительностью относясь къ «отцамъ» конституціи, нѣкоторые изслѣдователи упрекаютъ ихъ въ враждебномъ отношеніи къ партіямъ только въ виду представляемой ими возможности расширенія народнаго контроля [2]). Какъ бы то ни было, если даже такія опасенія и были у основоположниковъ американской конституціи, нельзя не сознаться, что ходъ исторіи ихъ мало или вѣрнѣе почти совсѣмъ не подтвердилъ, потому что американскія партіи никогда не были грознымъ орудіемъ демокра-

[1]) Governor of Missiouri Herb. Hadley, The Recall of judicial decisions.
[2]) Напримѣръ, Smith, The Spirit of American Government.

Digitized by Google

тіи. Уже вскорѣ послѣ того, какъ XII поправкой къ конституціи было implicite признано ихъ значеніе въ политической системѣ страны, въ американскихъ партіяхъ началъ развиваться особый классъ политическихъ дѣятелей «боссовъ» или «ринговъ», сосредоточившихъ въ своихъ рукахъ весь контроль за, ставшей могущественной, партійной машиной. Впослѣдствіи сами эти «боссы» подпали подъ вліяніе крупныхъ финансовыхъ корпорацій, но эта перемѣна вмѣсто того, чтобы ихъ ослабить, только усилила ихъ значеніе внутри партійныхъ организацій. Притокъ денежныхъ средствъ, контролируемый «боссами», оказался настолько могущественнымъ, что повліялъ на самый способъ веденія кампаніи и окончательно отдалъ партійную машину подъ контроль безотвѣтственныхъ вліяній. Намѣчающаяся и здѣсь тенденція консолидаціи отвѣтственности, выражающаяся въ стремленіи уничтоженія сторонніхъ вліяній, проявляется въ этой области двумя путями: 1) путемъ воздѣйствія государственной власти на наиболѣе вопіющіе недостатки партійной системы и 2) путемъ процессовъ самостоятельно совершающихся внутри партійныхъ организацій [1]).

Вмѣшательство государственной власти въ чисто партійныя дѣла выражается: а) въ требованіи отчетности финансовой стороны ихъ дѣятельности, которое теперь проведено почти во всѣхъ штатахъ и даже въ федеральномъ законодательствѣ на основаніи закона 25 іюня 1910 года, б) въ различнаго рода запретительныхъ постановленіяхъ, воспрещающихъ финансированіе партійныхъ комитетовъ крупными корпораціями и дающими исчерпывающее перечисленіе закономѣрныхъ расходовъ. Невада въ 1895 году первой подала примѣръ въ этомъ отношеніи. За нею послѣдовало къ настоящему времени болѣе 20 штатовъ (и, кромѣ того, болѣе 10 спеціально запрещаютъ пожертвованія со стороны страховыхъ компаній) и федеральное правительство въ нѣкоторой степени; болѣе радикальное демократическое законодательство еще не прошло Сенатъ, и в) въ принятіи государствомъ на свой счетъ закономѣрныхъ партійныхъ расходовъ. Въ декабрѣ 1907 года Теодоръ Рузвельтъ въ своемъ посланіи (message) къ 60-му конгрессу впервые потребовалъ, чтобы послѣдній сдѣлалъ ассигнованіе для этой цѣли («provided an appropriation for the proper and legitimate expenses of every party»), но до сихъ поръ это наиболѣе радикальное рѣшеніе нашло себѣ мѣсто только въ отдѣльныхъ штатахъ. Такъ, напримѣръ, Колорадо распредѣляетъ отпускаемыя штатомъ средства pro rata между всѣми партіями, предоставляя имъ по 25 центовъ за

[1]) Анализъ второго пункта выходитъ за рамки настоящей статьи

Digitized by Google

каждый голосъ, полученный на предыдущихъ выборахъ. Нельзя не согласиться съ Роб. Бруксомъ[1]), что такое своеобразное разрѣшеніе весьма сложнаго вопроса о томъ, на основаніи какого критерія распредѣлять денежную помощь государства между партіями, — является прямымъ закрѣпленіемъ status quo ante; г) въ узаконенной государствомъ системѣ выборовъ партійныхъ кандидатовъ всѣми избирателями, заявляющими въ моментъ этихъ предварительныхъ выборовъ о своемъ сочувствіи тому или иному партійному направленію. Этой системѣ «direct primaries elections» предстоитъ, какъ намъ кажется, большое будущее въ ярко демократическихъ странахъ. Она увеличитъ удѣльный вѣсъ голоса каждаго избирателя и уменьшитъ деспотическое вліяніе руководящихъ партійныхъ круговъ, возстанавливая такимъ образомъ непосредственную отвѣтственность представителей передъ электоратомъ.

Не имѣя возможности въ этомъ общемъ обзорѣ переживаемой Соединенными Штатами эволюціи болѣе подробно остановиться на оцѣнкѣ одного изъ частныхъ ея проявленій, я долженъ буду только въ двухъ словахъ остановиться на функціонированіи этой системы въ одномъ изъ типическихъ штатовъ. Вмѣсто того, чтобы, по примѣру прошлыхъ лѣтъ, поручать все дѣло избранія кандидатовъ партійнымъ конвентамъ, большею частью выполнявшимъ волю закулисныхъ руководителей, жители штата Миннезота въ 1912 году всѣ участвовали въ предварительныхъ выборахъ. Серьезный прогрессъ замѣчается прежде всего въ томъ, что на нѣкоторыя должности, напримѣръ, должности судей, кандидаты избираются не на основаніи партійныхъ соображеній, а по степени ихъ пригодности. Что же касается всѣхъ другихъ должностей, то избиратель, заявляя о своемъ желаніи голосовать въ рядахъ той или иной партіи, вмѣстѣ съ тѣмъ пріобрѣтаетъ право указывать двухъ кандидатовъ на каждую должность. Первый изъ его кандидатовъ имѣетъ безусловное значеніе, второй идетъ въ подсчетъ только въ томъ случаѣ, если ни одинъ кандидатъ, намѣченный въ качествѣ перваго выбора, не получилъ абсолютнаго большинства. Въ такомъ случаѣ голоса того кандидата, который получилъ менѣе всѣхъ при первомъ выборѣ, не принимаются болѣе во вниманіе, такъ какъ онъ не имѣетъ шансовъ быть избраннымъ, и тѣ кандидаты, которыхъ избиратели условно намѣтили въ случаѣ неудачи ихъ перваго кандидата, получаютъ соотвѣтствующее приращеніе. Эта процедура прибавленія условныхъ голосовъ продолжается до тѣхъ поръ, пока кто-либо изъ первыхъ кандидатовъ не получитъ абсолютнаго большинства.

[1]) Robert Brooks, The corruption in American Politics, p. 223.

Digitized by Google

Авторъ «Американской республики» Джемсъ Брайсъ въ письмѣ къ автору этой статьи, стоя на точкѣ зрѣнія большаго соотвѣтствія англійскаго парламента требованіямъ общественнаго мнѣнія по сравненію съ американскимъ Конгрессомъ, объясняетъ это обстоятельство отчасти существованіемъ того, что въ Соединенныхъ Штатахъ называется «машиною», т.-е. избраніемъ кандидатовъ партійными организаціями и признаетъ, что система предварительныхъ выборовъ, которая вводится въ настоящее время, имѣетъ цѣлью разрушить власть этой машины и создать болѣе непосредственныя отношенія между гражданами и ихъ представителями. «Однако» осторожно замѣчаетъ Брайсъ: «еще слишкомъ рано судить, будетъ ли достигнутъ этотъ результатъ. Я не думаю, что власть партійныхъ каукусовъ увеличивается въ настоящее время; наоборотъ, система народныхъ primaries и инициативы ведетъ скорѣе къ уменьшенію ихъ значенія. Однако, возможно, что весь процессъ закончится тѣмъ, что партійные каукусы овладѣютъ контролемъ надъ primaries».

Нѣтъ недостатка и въ фактахъ, подтверждающихъ основательность осторожныхъ предположеній Брайса. Даже такой восторженный поклонникъ новой системы, какъ Теодоръ Рузвельтъ долженъ былъ признать въ своей статьѣ «The Nationalism and popular rule», что въ настоящее время существуютъ города, въ которыхъ система боссизма при наличности непосредственныхъ предварительныхъ выборовъ вкоренилась такъ же прочно, какъ и въ тѣхъ, гдѣ ихъ никогда не было; такъ при наличности референдума и инициативы Вермонтъ не имѣетъ практически ни того, ни другого, а Орегонъ пользуется обоими.

Но это печальное обстоятельство не является принципіальнымъ возраженіемъ противъ системы предварительныхъ выборовъ кандидатовъ, оно указываетъ лишь на то, какъ сильно укрѣпились въ американскихъ условіяхъ различные «боссы» и «ринги» и какъ умѣло они иногда приспособляются даже къ самымъ неблагопріятнымъ условіямъ. Нѣкоторые штаты въ предчувствіи еще не наступившей опасности проектируютъ уже двукратные предварительные выборы, окончательно уничтожающіе по мнѣнію авторовъ предложенія возможность постороннихъ вліяній. Но кажется несомнѣннымъ, что окончательное устраненіе боссизма во всѣхъ областяхъ американской жизни требуетъ кромѣ введенія предварительныхъ народн. выборовъ еще ослабленія той системы сдержекъ и равновѣсій, при которой можетъ быть «одни только боссы» по выраженію проф. Гудноу «и спасаютъ американскую систему отъ паденія въ окончательный хаосъ и анархію». И само собою разумѣется, что это нисколько не подрываетъ крайне важнаго самостоятельнаго

Digitized by Google

значенія системы предварительныхъ выборовъ, въ одномъ отношеніи способной сыграть въ особенности благодарную національную роль. Я имѣю въ виду предварительные выборы кандидата въ президенты сторонниками каждой партіи. Поразителенъ быстрый успѣхъ этого движенія: только при выборахъ делегатовъ на республиканскую конвенцію іюня 1912 года происходили первые предварительные выборы въ Иллинойсѣ, Массачузетсѣ, Сѣверной Дакотѣ, Пенсильваніи и нѣсколькихъ другихъ штатахъ, а теперь уже представляется несомнѣннымъ, что на долю партійныхъ конвентовъ 1916 года выпадетъ только регистрація количества голосовъ, поданныхъ широкими массами сочувствующихъ партій избирателей за того или другого кандидата. Одно неизбѣжное послѣдствіе можетъ быть заранѣе учтено при этой эволюціи: система предварительныхъ выборовъ партійныхъ кандидатовъ устранитъ возможность избранія такъ называемыхъ «dark horses» (темныхъ лошадей), зачастую выплывавшихъ на авансцену въ партійныхъ конвентахъ, при наличности двухъ сильныхъ и популярныхъ кандидатовъ. Болѣе высокія требованія, предъявляемыя народными массами, сведутъ до минимума возможность появленія въ Бѣломъ Домѣ такихъ незначительныхъ величинъ, какъ, напримѣръ, президентъ Полкъ, послѣ избранія котораго въ населеніи шли нескончаемые разспросы о его личности и взглядахъ, раньше совершенно неизвѣстныхъ народу [1]).

VIII.

Въ отличіе отъ системы парламентарнаго правленія, которая была отвергнута отцами конституціи en plaine connaissance de cause, подтвержденіемъ чему служатъ разсужденія авторовъ «Федералиста», институтъ референдума былъ обойденъ ими скорѣе въ силу инстинктивнаго недовѣрія къ политическимъ способностямъ широкихъ массъ, чѣмъ вслѣдствіе сознательнаго сопоставленія различныхъ системъ управленія. И въ самомъ дѣлѣ, какъ могли участники филадельфійскаго конвента сочувствовать системѣ непосредственнаго народоправства, когда Гамильтонъ увѣрялъ, что «all communities divide themselves into the few and many» [2]), и что «народъ не имѣетъ постоянства, необходимаго для систематическаго управленія» [3]), а Мадисонъ мечталъ о законахъ, которые могли бы «to protect the opulent minority against the majority» [4]). Такимъ образомъ и Гамильтонъ и Мадисонъ, несмотря на нѣкоторую разницу

[1]) См. объ этомъ президентѣ M. Ostrogorsky, 1912, франц. изд., p. 352.
[2]) «Elliot's Debates on the Federal Constitution», v. I, p. 421.
[3]) ibid., v. II, p. 302.
[4]) ibid., v. I, p. 450.

Digitized by Google

въ ихъ убѣжденіяхъ (впослѣдствіи обострившуюся до того, что послѣдній даже подпалъ подъ вліяніе Джефферсона), были безусловно согласны въ боязни слишкомъ далеко проведеннаго демократическаго строя и даже самъ «великій демократъ» Томасъ Джефферсонъ, говоря словами Джемса Брайса, «не былъ сторонникомъ прямого народнаго голосованія, о которомъ вообще мало говорили въ тѣ дни, но, какъ кажется, былъ проникнутъ вѣрой въ представительную систему, въ убѣжденіи, что представители будутъ быстро слѣдовать за взглядами народа»[1]).

Но, если на зарѣ XIX вѣка и находились люди, которые питали подобныя иллюзіи, то необходимо сознаться, что печальная дѣйствительность начала XX столѣтія ихъ далеко не оправдала. Интересно при этомъ отмѣтить, что помимо тѣхъ органическихъ процессовъ роста партійныхъ организацій и развитія комитетскаго правленія, которые подготовили этотъ неожиданный результатъ, доля вины за создавшееся положеніе вещей лежитъ и на ничѣмъ въ Америкѣ не сглаженномъ противорѣчіи между юридическимъ и фактическимъ положеніемъ депутатовъ. Фактически, какъ извѣстно. американскія законодательныя учрежденія не всегда являются вѣрнымъ зеркаломъ страны; связь между депутатами и избирателями въ Америкѣ гораздо слабѣе, нежели въ Англіи. А между тѣмъ въ то время, какъ существованіе англійской палаты общинъ всегда покоится на praesumptio juris гармоніи между желаніями избирателей и дѣйствіями депутатовъ, презумпціи всегда могущей быть подвергнутой испытанію посредствомъ роспуска парламента, — въ Америкѣ эта гармонія юридически конструируется, какъ praesumptio juris et de jure свободное отъ какихъ бы то ни было возраженій.

Общая всѣмъ демократіямъ тенденція укорачиванія срока депутатскихъ полномочій нашла себѣ выраженіе и въ Америкѣ, но на ряду съ этимъ практическая потребность своевременнаго отраженія депутатами народныхъ воззрѣній ощущается такъ слабо въ Соединенныхъ Штатахъ, что до сихъ поръ примѣняется старое правило, въ силу котораго проходитъ болѣе года (13 мѣсяцевъ) между избраніемъ членовъ новой палаты представителей и ея созывомъ. О какой политической отвѣтственности представителей можетъ итти рѣчь, когда части депутатовъ не на что надѣяться, а части нечего терять. Благодаря этому правилу создается такое любопытное положеніе вещей, что, если бы на выборахъ въ январѣ текущаго года ни одинъ изъ кандидатовъ не получилъ нужныхъ 266 изъ 531 выборщика,

[1]) Письмо къ автору этой статьи.

Digitized by Google

выборъ президента республики изъ трехъ кандидатовъ, получившихъ наибольшее количество голосовъ, производился бы (каждый штатъ при этомъ имѣлъ бы лишь одинъ голосъ) не палатой представителей новаго состава, а палатой представителей стараго состава, которая подвергается перевыборамъ очевидно потому, что не можетъ болѣе считаться выразительницей мнѣній народа. Не слѣдуетъ къ тому же забывать, что правило это узаконяющее столь продолжительное функціонированіе стараго Конгресса при наличности новаго, не поставлено подъ защиту конституціи и все-таки не смотря на то, что отмѣна его не требуетъ сложной процедуры пересмотра, — вопросъ этотъ не привлекъ еще къ себѣ вниманія широкихъ общественныхъ круговъ.

Индифферентизмъ по отношенію къ этому вопросу представляетъ въ настоящее время только частное отраженіе той общей тенденціи, которая, повидимому, увлекаетъ (на болѣе или менѣе долгій срокъ) политическую мысль Соединенныхъ Штатовъ въ сторону народоправства. Панацеи отъ существенныхъ въ американскихъ условіяхъ недостатковъ представительнаго строя многіе склонны искать не въ устраненіи послѣднихъ, а въ томъ устремленіи широкихъ народныхъ массъ на политическую авансцену, которое такъ ярко обрисовалось въ Америкѣ за послѣднее десятилѣтіе [1]).

Поразителенъ успѣхъ этого движенія. Только въ 1898 году Южная Дакота первая приняла поправку къ конституціи, дѣлающую референдумъ и инціативу новымъ способомъ для изданія обыкновенныхъ законовъ, а между тѣмъ съ тѣхъ поръ волна демократизма захватила уже широкую арену: въ 1900 году штатъ Утахъ послѣдовалъ примѣру Южной Дакоты, въ 1902 году Орегонъ, въ 1904 — Невада, въ 1906 — Монтана, въ 1907 — Оклахома, въ 1908 — Мэнъ, въ 1909 — Миссури, въ 1910 — Арканзасъ и Колорадо, въ 1911 — Аризона, Калифорнія и Новая Мексика, въ 1912 — Огайо и продолжается оживленная агитація въ пользу введенія этихъ мѣръ во многихъ другихъ штатахъ. Главнымъ факторомъ, способствующимъ распространенію этихъ институтовъ является, разумѣется, недовѣріе къ представительнымъ учрежденіямъ, но не лишено симптоматическаго значенія и то обстоятельство, что сами законодательныя собранія, чувствуя свое безсиліе, часто склонны были возлагать отвѣтственность за проведеніе тѣхъ или иныхъ биллей на электоратъ и вызвали даже судебное рѣшеніе, признающее такую делегацію законодательной власти народу помимо постановленій конституціи

[1]) Никто изъ отвѣтственныхъ политиковъ, однако, не выдвигаетъ референдума и инціативы въ замѣну представительнаго правленія; наоборотъ, рѣчь идетъ только о коррективахъ послѣдняго.

Digitized by Google

ultra vires палатъ. Не имѣя возможности здѣсь болѣе подробно остановиться на этой эволюціи, я хотѣлъ бы только отмѣтить одно изъ возможныхъ ея послѣдствій: ослабленіе барьера, отдѣляющаго въ Америкѣ конституціонное законодательство отъ обыкновеннаго.

Проводимая въ видѣ корректива къ представительной системѣ реформа эта можетъ вызвать нѣкоторое улучшеніе въ политическихъ условіяхъ отдѣльныхъ штатовъ, но разумѣется о примѣненіи ея въ федераціи въ качествѣ нормальнаго законодательнаго порядка — не можетъ быть и рѣчи.

Что же касается послѣдняго члена демократической тріады — отозванія представителей законодательной и исполнительной властей самимъ народомъ до истеченія срока ихъ полномочій, то и оно находитъ себѣ примѣненіе пока только въ отдѣльныхъ штатахъ, но я не рѣшился бы съ полной увѣренностью въ своей правотѣ сказать, что и въ будущемъ не поднимется движенія въ пользу досрочнаго отозванія президента республики.

Еще Джефферсонъ геніально предугадалъ ярко обрисовавшуюся къ настоящему времени особенность американской политической обстановки. Настаивая, какъ извѣстно, на томъ, чтобы продолжительность полномочій президента равнялась шести годамъ, Джефферсонъ изъ Парижа писалъ въ Вашингтонъ, что вновь созданное положеніе, въ силу котораго президентъ фактически избирается на восемь лѣтъ, но съ правомъ народа отозвать его по истеченіи четырехъ лѣтъ еще болѣе его удовлетворяетъ, чѣмъ первоначально предложенный имъ планъ. Теперь снова поднимается вопросъ объ увеличеніи срока полномочій президента до шести лѣтъ; эта мѣра нашла себѣ даже поддержку въ посланіи Вилліама Тафта къ Конгрессу отъ 3 декабря 1912 года. Если бы это предложеніе, что вполнѣ вѣроятно, было осуществлено въ ближайшемъ будущемъ, возможно, что вскорѣ послѣ этого всплылъ бы на поверхность и вопросъ о провѣркѣ степени согласованности между президентомъ и его избирателями. Если бы эта сомнительная, но все-таки стоящая въ ряду грядущихъ возможностей перспектива, осуществилась, классификація формъ правленія претерпѣла бы нѣкоторыя измѣненія; въ ней нужно было бы отвести особое мѣсто для государствъ, въ которыхъ власть не только назначенія, но и смѣщенія главы исполнительной власти принадлежитъ непосредственно самому народу.

IX.

Послѣдній вопросъ, подлежащій выясненію въ настоящей работѣ,— это вопросъ о способахъ проведенія указанныхъ преобразованій въ американской системѣ.

Digitized by Google

Не смотря на то, что всѣ усилія были приложены къ тому, чтобы придать американской конституціи «священный» характеръ и сдѣлать ее наиболѣе трудно измѣняемымъ документомъ, отступленія отъ первоначальнаго текста ея шли въ ней путемъ измѣненій и преобразованій. Вмѣстѣ съ тѣмъ, съ другой стороны обнаружилось, что сопротивленіе соціальной среды иногда дѣлало мертвой буквой нѣкоторыя ея постановленія, нашедшія себѣ формальное закрѣпленіе въ самомъ текстѣ. Такъ напримѣръ, XV дополненіе къ конституціи гласитъ: «The right of citizen of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or any state on account of race, color, or previous condition of servitude»; § 2 даетъ и добавочную санкцію этому вполнѣ ясному постановленію: «The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation». Внутренній смыслъ этого постановленія не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній: его прямая цѣль заключается въ томъ, чтобы обезпечить избирательное право за освобожденной негритянской расой. Но интересно отмѣтить, что на практикѣ цѣль законодателя оказалась недостигнутой. Правда, въ Сѣверныхъ Штатахъ, гдѣ число черныхъ весьма незначительно, они пользуются избирательнымъ правомъ (фактически только активнымъ)[1]), но въ Южныхъ Штатахъ постановленіе конституціи не оказало никакого вліянія на избирательное право негровъ. Во всѣхъ Южныхъ Штатахъ (Коннектикутѣ, Миссисипи, Масачузетсѣ, Луизіанѣ, Южной Каролинѣ и т. д.) существуютъ постановленія, такъ или иначе ограничивающія или вѣрнѣе сводящія къ нулю права, предоставленныя неграмъ федеральной конституціей. Въ зависимости отъ условій, наиболѣе успѣшно ведущихъ къ цѣли, въ нѣкоторыхъ изъ южныхъ штатовъ требуется образовательный или имущественный цензъ, а въ нѣкоторыхъ кромѣ умѣнія читать и писать по-англійски къ избирателямъ еще предъявляется требованіе «удовлетворительно» объяснить какую-либо главу конституціи. Совершенно понятно (и политическіе дѣятели Южныхъ Штатовъ сами признаютъ это), какъ мало шансовъ имѣетъ негръ, экзаменуемый комиссіей, состоящей исключительно изъ бѣлыхъ, на признаніе своего права тѣмъ болѣе, если припять во вниманіе, что къ расовой ненависти здѣсь примѣшиваются и политическія разногласія: всѣ негры Южныхъ Штатовъ безъ исключенія со времени ихъ освобожденія Авраамомъ Линкольномъ принадлежатъ къ республиканской партіи, а всѣ бѣлые

---

[1]) Первый негръ въ палатѣ представителей появился въ 1870 году въ качествѣ депутата отъ Южной Каролины. Въ Сенатѣ за все время его существованія присутствовалъ только одинъ негръ Bruce отъ Миссисипи съ 1875 до 1881 года.

Digitized by Google

(кромѣ тѣхъ немногихъ, которые не боятся строжайшаго общественнаго бойкота) къ демократической. Болѣе 500.000 взрослыхъ негровъ мужескаго пола лишены посредствомъ такого рода постановленій избирательнаго права въ Соединенныхъ Штатахъ, и будущее въ этомъ вопросѣ настолько мало обѣщаетъ для негровъ, что, какъ мы видѣли, демократическая партія готова была даже отказаться отъ билля, проводящаго наиболѣе дорогіе ей принципы, чтобы только не допустить официальнаго подтвержденія цифръ, и такъ не составляющихъ секрета о взаимномъ соотношеніи числа голосующихъ и неголосующихъ негровъ по сравненію съ бѣлымъ населеніемъ.

Уже изъ печальной судьбы XV добавленія можно усмотрѣть, что въ американской государственной системѣ находятъ себѣ мѣсто и процессы, независимые отъ измѣненій формальнаго текста ея конституціи.

1) Федеральная власть вопреки предсказаніямъ противоположнаго характера, нашедшимъ себѣ мѣсто въ «Федералистѣ» за послѣднее время быстро усиливается. Еще Авраамъ Линкольнъ говорилъ: «Моя обязанность и присяга заключаются въ томъ, чтобы поддерживать ненарушимымъ право штатовъ контролировать согласно съ конституціей свои собственныя дѣла по своему собственному усмотрѣнію. Такое поддержаніе необходимо для сохраненія равновѣсія властей, на которомъ покоятся наши учрежденія»[1]). Теодоръ Рузвельтъ уже далеко ушелъ отъ Линкольна, который въ свое время справедливо считался крайнимъ защитникомъ федеральной идеи: «Права штатовъ должны быть охраняемы, когда они обозначаютъ права народа («the peoples rights»), но не когда они обозначаютъ его несчастья «the peoples wrongs»).

Получившая громадную силу и значеніе Interstate Commerce Commission является однимъ изъ наиболѣе яркихъ показателей новаго порядка вещей. И любопытно отмѣтить, что даже избранный президентомъ кандидатъ демократической партіи Вудро Вильсонъ, хотя онъ и является преемникомъ идей Джефферсона и Джаксона, отстаивавшихъ самостоятельное значеніе Штатовъ, — также силой вещей принужденъ будетъ итти навстрѣчу этой тенденціи, напримѣръ, въ вопросѣ о регулированіи дѣятельности трестовъ или объ охранѣ женскаго и дѣтскаго труда. Вообще, не подлежитъ болѣе никакому сомнѣнію, что первоначальная доктрина, по которой федеральной власти принадлежатъ только прямо оговоренныя права, смѣнилась воскреснувшей въ лицѣ Рузвельта старой доктри-

[1]) Цитирую по Pierce, The Federal Usurpation.

Digitized by Google

ной судьи Вильсона (1785 г.), по которой всѣ вновь возникающія дѣла, превышающія силы штатовъ, входятъ въ компетенцію федеральной власти.

2) На ряду съ формально закрѣпленными въ конституціи постановленіями американская политическая жизнь создала «соглашенія», иногда обладающія не меньшею по сравненію съ писаннымъ правомъ регулирующею силою.

а) Конституція, напримѣръ, вовсе не требуетъ, чтобы выборщики президента избирались на основаніи всеобщаго права; Виллоугби въ своемъ замѣчательномъ комментаріи къ американской конституціи совершенно справедливо замѣчаетъ, что нѣтъ никакихъ формальныхъ препятствій къ тому, чтобы выборщики эти «избирались директорами банковъ, или синагогами» [1]) и все же всеобщее избирательное право послѣдовательно завоевало всѣ штаты, и новѣйшее развитіе повелительно диктуетъ дальнѣйшее его распространеніе и на женскую половину населенія Америки (женское избирательное право уже осуществлено въ Калифорніи, Вайолинѣ, Вашингтонѣ, Колорадо, Идахо, Утахъ и въ четырехъ вновь завоеванныхъ 5 ноября 1912 года суффражистками штатахъ); суженіе же избирательнаго права, юридически вполнѣ возможное, всѣми бы разсматривалось какъ дѣйствіе противоправное.

б) Конституція не содержитъ постановленій, ограничивающихъ право одного и того же лица быть выбраннымъ болѣе двухъ разъ на постъ президента. Но Вашингтонъ и Джефферсонъ установили прецедентъ, согласно которому максимальная продолжительность полномочій президента не должна была превышать восьми лѣтъ. Когда Джаксонъ требовалъ закрѣпленія этого обычая, подтвержденнаго снова примѣромъ Мадисона и Монрое, въ сенатѣ ему возразили, что установившееся соглашеніе само по себѣ является достаточной гарантіей. И когда генералъ Уллисъ Грантъ выставилъ свою кандидатуру на третье президентство, палата представителей 15 декабря 1875 года (большинствомъ 233 противъ 18) приняла слѣдующую резолюцію: «по мнѣнію этой палаты прецедентъ, установленный Вашингтономъ и другими президентами Соединенныхъ Штатовъ покидать должность по истеченіи второго срока ихъ полномочій сталъ путемъ всеобщаго признанія частью нашей республиканской формы правленія и что отступленіе отъ этого освященнаго временемъ обычая было бы неразумно, непатріотично и полно опасности для нашихъ свободныхъ институтовъ»[2]).

---

[1]) W. W. Willoughby, The Constitutional law of the United States, p. 1126.

[2]) «The Unwritten law» «North American Review», апрѣль 1912.

Digitized by Google

Такимъ образомъ попытки нарушенія этихъ «конституціонныхъ соглашеній», какъ это, между прочимъ, обнаружилось и во время кампаніи 1912 года при выставленіи кандидатуры Теодора Рузвельта, склонны вызывать противъ себя сильную правовую реакцію. Но все же слѣдуетъ признать, что вѣковое дерево американской конституціи за время своего существованія не успѣло обрости той густой зеленью широко раскинувшихся вѣтвей, которая покрываетъ, а иногда и скрываетъ тощій стволъ англійскаго писаннаго права. Основная причина этого явленія понятна: судебная охрана, подъ защиту которой поставлена американская конституція, питаетъ ее тѣмъ живительнымъ сокомъ, который въ то же время парализуетъ большую часть попытокъ внѣконституціоннаго измѣненія основныхъ законовъ страны. Если нѣкоторыя народныя требованія и просачиваются сквозь желѣзныя сплетенія неизмѣняемыхъ параграфовъ конституціи, то въ большинствѣ случаевъ они являются только провозвѣстниками труднаго процесса пересмотра, впредь до лучшихъ временъ предоставляющими неудобный обходъ закона. Такъ, напримѣръ, за послѣднее время въ общественномъ сознаніи все болѣе стала укрѣпляться мысль о желательности ограниченія полномочій президента однимъ срокомъ; Вилліамъ Тафтъ всталъ на сторону этого преобразованія въ своемъ посланіи къ конгрессу отъ 3 декабря 1912 года. Нельзя не сознаться, что въ пользу этой реформы могутъ быть приведены довольно вѣскія соображенія: второй срокъ полномочій былъ и у Клпвеленда и у Рузвельта гораздо успѣшнѣе перваго именпо потому, что въ указанное время они оба, зная о невозможности своего переизбранія, чувствовали себя гораздо болѣе независимыми отъ закулисныхъ партійныхъ вліяній, чѣмъ въ первые четыре года своего пребыванія въ Бѣломъ Домѣ. Слѣдуя этому требованію общественнаго мнѣнія, демократическая партія изыскала способъ его осуществленія помимо сложной процедуры измѣненія конституціи путемъ включенія въ платформу, принятую Бальтиморской конвенціей 1912 года обязательства кандидата въ президенты отказаться въ случаѣ избранія отъ вторичной кандидатуры. Такое разрѣшеніе вопроса pour le moment является удовлетворительнымъ, но вполнѣ естественно, что принципіальные его сторонники внесли соотвѣтствующее предложеніе въ палату представителей, чтобы устранить въ будущемъ всякую возможность недоразумѣній.

Еще болѣе сложнымъ оказался путь, приведшій нынѣ къ реформѣ способа избранія сенаторовъ.

Конституція постановляетъ (Section III, 51): «The Senate of the United States shall be composed of two senators, from each state,

Digitized by Google

chosen by the legislature there of»; избраніе сенаторовъ мѣстными законодательными собраніями здѣсь, очевидно, противополагается прямымъ выборамъ членовъ нижней палаты, а между тѣмъ всего два года тому назадъ въ Орегонѣ республиканское законодательное собраніе (разумѣется, вопреки своему собственному желанію) выбрало федеральнымъ сенаторомъ демократа, а въ Невадѣ, наоборотъ, также подчиняясь прямо выраженной волѣ избирателей, демократическое собраніе избрало реснубликанца. Такимъ образомъ, то прямое избраніе сенаторовъ, которое Андрю Джонсонъ рекомендовалъ въ своемъ посланіи Конгрессу 55 лѣтъ тому назадъ, которое Prohibition Party включила въ свою платформу сорокъ лѣтъ тому назадъ, а народная 28, которое стоитъ на знамени демократической партіи, если не съ 1892, то съ 1900 года, постепенно просачивается сквозь толщу враждебныхъ вліяній и наканунѣ его проведенія въ законодательномъ порядкѣ оказывается осуществленнымъ въ нѣкоторыхъ штатахъ помимо и даже вопреки постановленіямъ конституціи.

Но самый процессъ измѣненія тектста конституціи, необходимаго для единообразнаго примѣненія на всей территоріи Штатовъ того или иного нововведенія, встрѣчаетъ на своемъ пути чрезвычайныя затрудненія. Такъ напримѣръ, проведенное теперь требованіе о прямомъ избраніи сенаторовъ народнымъ голосованіемъ (ведущее свою исторію еще отъ филадельфійскаго конвента 1787 года, на которомъ оно поддерживалось делегатомъ Пенсильваніи Джемсомъ Вильсономъ) еще въ 1874 году было выдвинуто Калифорніей и Иллиной-сомъ; въ 1890 году резолюція обѣихъ палатъ Индіаны постановила обратиться по тому же поводу къ Конгрессу, 31 штатъ съ тѣхъ поръ послѣдовали ея примѣру. Для того, чтобы ускорить проведеніе реформы многіе штаты назначали комитеты, призывавшіе къ содѣйствію законодательныя палаты другихъ штатовъ, передъ выборами федеральныхъ сенаторовъ кандидаты принуждены были во многихъ мѣстахъ давать соотвѣтствующее обязательство; федеральная палата представителей, начиная съ 1893 года, пять разъ высказалась подавляющимъ большинствомъ за принятіе этого добавленія и тѣмъ не менѣе только 1913 годъ принесъ странѣ желанное измѣненіе въ конституціи [1]).

Вполнѣ естественно, что въ связи съ общей тенденціей предоставленія волѣ народа возможно болѣе полнаго и своевременнаго выраженія возникла потребность и въ упрощеніи сложнаго механизма пересмотра конституціи. «Въ настоящее время», пишетъ

[1]) Оно будетъ носить названіе «17 Amendment».

Digitized by Google

Вилліамъ Дженнингсъ Брайанъ автору этой статьи, «поднимается также движеніе въ пользу болѣе легкаго способа измѣненія конституціи, и я нисколько не сомнѣваюсь въ томъ, что это удастся провести, хотя рядъ годовъ, быть-можетъ, пройдетъ до осуществленія реформы. Тенерь поправка къ конституціи должна быть предложена $^2/_3$ обѣихъ палатъ и потомъ утверждена $^3/_4$ штатовъ. Но нѣтъ достаточнаго основанія, по которому измѣненіе не могло бы быть предложено простымъ большинствомъ голосовъ въ обѣихъ палатахъ, точно такъ же какъ не существуетъ и дѣйствительнаго довода въ пользу того, чтобы больше простого большинства штатовъ, если только они включаютъ въ себя большинство населенія, — было необходимо для утвержденія». Такъ заканчивается обширная глава американской политической жизни, въ которой самымъ любопытнымъ, какъ справедливо указывалъ Вильсонъ въ одной изъ своихъ рѣчей, является то обстоятельство, что американскій народъ въ теченіе полувѣка позволялъ собою управлять тѣмъ лицамъ, которыхъ онъ вовсе не призывалъ для этой цѣли.

Б. Е. Шацкій.

Digitized by Google

Защита субъективныхъ публичныхъ правъ посредствомъ иска.

Съ тѣхъ поръ какъ «подданный» сталъ «гражданиномъ», съ тѣхъ поръ, какъ отношеніе государственнаго властвованія стало правоотношеніемъ и среди громовъ великихъ переворотовъ возникло понятіе индивидуальныхъ правъ, понятіе, впослѣдствіи освобожденное отъ первоначальной естественно-правовой одежды и обращенное въ строгое позитивно-юридическое понятіе субъективныхъ публичныхъ правъ, — вопросъ о способахъ охраны этихъ правъ и, въ частности о возстановленіи ихъ въ случаѣ нарушенія, сталъ однимъ изъ центральныхъ вопросовъ государственной жизни. Въ настоящее время въ этомъ отношеніи въ передовыхъ государствахъ достигнуты уже большіе успѣхи. Независимо отъ ряда косвенныхъ средствъ предупрежденія правонарушеній со стороны публичной власти и матеріальнаго и моральнаго удовлетворенія потерпѣвшихъ — сюда относятся и та или иная организація какъ высшихъ государственныхъ, такъ и административныхъ и судебныхъ учрежденій, и разнообразныя средства контроля со стороны общественнаго мнѣнія и политическая и судебная отвѣтственность должностныхъ лицъ, — въ положительномъ правѣ современныхъ государствъ существуетъ въ болѣе или менѣе опредѣленномъ видѣ возстановленіе субъективныхъ публичныхъ правъ въ томъ прямомъ и непосредственномъ смыслѣ, какъ это понимается относительно субъективныхъ правъ частныхъ: путемъ иска о возстановленіи нарушеннаго права, путемъ возбужденія частнымъ лицомъ, противъ власти, какъ стороны, процесса о правѣ публичномъ, процесса, происходящаго въ судебно-состязательномъ или болѣе или менѣе близкомъ къ таковому порядкѣ.

Но эта уже существующая исковая защита публичныхъ правъ гражданъ повсюду на европейскомъ континентѣ, носитъ крайне несовершенный, недоразвитый характеръ. Мы имѣемъ здѣсь въ виду не тѣ несовершенства, которыя фактически понижаютъ ея до-

Digitized by Google

стоинство, несовершенства въ организаціи, разсматривающихъ подлежащіе споры о правѣ, судовъ, состоящія въ большей или меньшей связи этихъ судовъ съ активной администраціей и большей или меньшей возможности правительственнаго на нихъ вліянія, — однимъ словомъ, заключающіяся въ томъ, что правовые споры по поводу дѣйствій администраціи разрѣшаются иногда учрежденіями, отъ нея же зависимыми. Мы имѣемъ въ виду то обстоятельство, что исковая защита субъективныхъ публичныхъ правъ нигдѣ не доведена до своихъ логическихъ предѣловъ, а поэтому съ чисто-юридической точки зрѣнія не является столь же полной и дѣйствительной, какъ исковая защита субъективныхъ правъ частныхъ. Изъ безусловной необходимости полнаго обезпеченія дѣйствительной возможности осуществленія всякаго разъ признаннаго субъективнаго права, непосредственно вытекаетъ тотъ принципъ, давнымъ давно выработанный правомъ частнымъ, что право иска является логическимъ дополненіемъ матеріальнаго права (незащищаемыя искомъ права римскаго права потому и считались исключеніями, правами неполными, «ненастоящими» — iura naturalia), что всякое нарушеніе всякаго права даетъ основаніе къ возбужденію спора о нарушенномъ правѣ, спора, приводящаго къ обязательному для сторонъ рѣшенію, которое разрѣшаетъ споръ въ полномъ объемѣ и предписываетъ возстановить нарушенное право всѣми необходимыми для того средствами. Этотъ принципъ, какъ увидимъ, не осуществленъ ни въ одной изъ существующихъ на континентѣ системъ исковой защиты публичныхъ правъ гражданъ.

Необходимо имѣть въ виду еще другую сторону вопроса. Принципъ иска, какъ дополненія матеріальнаго права, имѣетъ въ частномъ правѣ двоякое значеніе. Искъ есть полное и дѣйствительное средство возстановленія всякаго нарушеннаго права; но онъ вмѣстѣ съ тѣмъ есть принципіально-единственное средство принудительнаго осуществленія требованій. Въ континентальномъ публичномъ правѣ положеніе совершенно иное: публичныя требованія администраціи къ частнымъ лицамъ по общему правилу подлежатъ непосредственному принудительному осуществленію. Такимъ образомъ передъ нами двѣ стороны, изъ которыхъ одна всегда можетъ непосредственно измѣнить фактическое положеніе въ свою пользу; ей вовсе не нужно выступать въ роли истца, она всегда сохраняетъ за собою роль отвѣтчика[1]) и еще въ этой роли пользуется значитель-

[1]) Leuthold, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage (Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik, 1884) S. 427 ff.) А. М. Кулишеръ, Господство права и административное принужденіе («Юридическія Записки», изд. Демидовскимъ Юридическимъ лицеемъ, 1911 г., I), стран. 7—11.

Digitized by Google

ными привилегіями. Другая въ любой моментъ, по одностороннему усмотрѣнію противной стороны, можетъ лишиться возможности осуществленія своего права; она можетъ защищать свои права только путемъ иска съ своей стороны; и это право иска является неполнымъ и ограниченнымъ. Возможность неправомѣрнаго измѣненія фактическаго положенія значительно больше; возможность возстановленія правомѣрнаго состоянія значительно меньше, — такова степень обезпеченности дѣйствительнаго осуществленія публично-правовыхъ нормъ, въ сравненіи со степенью обезпеченности дѣйствительнаго осуществленія нормъ частно-правовыхъ. Разсматривать ли вопросъ съ точки зрѣнія охраны субъективныхъ правъ или съ точки зрѣнія дѣйствительнаго господства объективнаго права, — выводъ получается одинъ и тотъ же.

Но если таково положеніе дѣлъ въ настоящее время, то, намъ кажется, ходъ исторической эволюціи идетъ въ сторону измѣненія этого положенія именно въ томъ направленіи, которое указывается логикой правовыхъ принциповъ. Расширеніе и интенсификація исковой защиты субъективныхъ публичныхъ правъ, приближеніе ея къ вышеуказаннымъ логическимъ предѣламъ, — таковъ объективный ходъ ея развитія, несмотря на то, что, какъ увидимъ ниже, осуществленіе принципа, являющагося логическимъ завершеніемъ и (конечно лишь въ смыслѣ образнаго выраженія) «объективной цѣлью» этой эволюціи, нигдѣ на континентѣ еще не стало сознательной цѣлью законодателя.

Въ дальнѣйшемъ мы разсмотримъ системы особаго, такъ называемаго административнаго иска, «бельгійскую» систему и, наконецъ, отношеніе англійскаго права къ разсматриваемому вопросу[1]).

I.

Административный искъ въ Германіи, развитіе котораго началось сравнительно недавно, находится до сихъ поръ на весьма низкомъ уровнѣ. Въ законодательствахъ германскихъ государствъ, за исключеніемъ развѣ Вюртемберга, мы не встрѣчаемъ почти никакихъ слѣдовъ сознанія того, что административный искъ есть такое же средство защиты субъективныхъ публичныхъ правъ, какимъ является искъ гражданскій въ области права частнаго и, какъ таковое,

---

[1]) Существующіе въ русскомъ правѣ элементы административнаго иска находятся на столь зачаточной ступени развитія, что изслѣдованіе ихъ съ этой, чисто теоретической точки зрѣнія, не представляетъ особаго интереса.

Digitized by Google

долженъ обнимать всѣ случаи административныхъ правонарушеній[1]). Несмотря на полное отдѣленіе (правда, только въ высшей инстанціи) административнаго суда отъ активной администраціи, несмотря на отдѣленіе (во всѣхъ инстанціяхъ) административно-судебнаго порядка (съ судебными формами) отъ порядка административнаго, несмотря на различіе административнаго иска (Klage) отъ административной жалобы (Beschwerde), въ самомъ административномъ искѣ сохранились многія черты жалобы по начальству. Такой чертой, — общей всѣмъ видамъ германскихъ административныхъ исковъ и во всѣхъ государствахъ, — является то, что административно-судебному обжалованію подлежатъ только дѣйствія подчиненнаго управленія, но никогда не верховнаго. Это ограниченіе совершенно непонятное, если административный искъ есть дѣйствительно искъ о возстановленіи права; никакія соображенія о достоинствѣ или безотвѣтственности монарха не имѣютъ никакого отношенія къ дѣлу, такъ какъ дѣло всегда идетъ о правоотношеніи между гражданиномъ и государствомъ, юридическимъ лицомъ публичнаго права; по существу отвѣтчикъ одинъ и тотъ же. Напротивъ, если административный искъ есть особый видъ административной жалобы, то вполнѣ понятно, что глава государства не подчиненъ и не можетъ быть подчиненъ въ порядкѣ обжалованія никакому административному учрежденію[2]).

Первоначальнымъ типомъ германской административной юстиціи, созданнымъ (по французскому образцу) еще до постановки принципіальнаго вопроса объ административномъ судѣ, были такъ называемые Parteistreitigkeiten, т.-е. споры частныхъ лицъ или корпорацій между собою, по поводу тѣхъ или иныхъ административныхъ актовъ или публичныхъ обязанностей. Это и были первоначальныя «Administrativjustizsachen», для которыхъ былъ впервые созданъ особый «порядокъ административной юстиціи» передъ административными учрежденіями (гессенскій законъ 1832 г., саксонскій 1835 г., вюртембергскій 1855 г.). Напротивъ, въ другихъ государствахъ и, прежде всего, въ Пруссіи, развитіе судебнаго контроля надъ дѣйствіями администраціи шло первоначально въ другомъ направленіи: допущенія въ нѣкоторыхъ (правда, немногихъ

[1]) Въ литературѣ, какъ увидимъ ниже, такое положеніе высказывалось; оно даже непосредственно вытекало изъ господствовавшей въ свое время теоріи административной юстиціи. Но въ настоящее время это направленіе вытѣсняется другимъ, прямо враждебнымъ такому принципу.

[2]) Въ Пруссіи, на основаніи ст. 102 конституціи, королевскіе указы пользуются абсолютнымъ иммунитетомъ, т.-е. не только не подлежатъ обжалованію, но провѣрка ихъ законности вообще недопустима ни при какихъ условіяхъ и никакимъ судомъ. Такъ «просто» разрѣшенъ здѣсь вопросъ о затрудняющихъ французскую юриспруденцію «политическихъ» актахъ.

Digitized by Google

и лишенныхъ всякаго политическаго значенія) случаяхъ общесудебнаго иска (Rechtsweg) въ спорахъ о правѣ публичномъ (законы 1808, 1842, 1861 гг.). Послѣ знаменитой полемики 50-хъ и 60-хъ годовъ и побѣды Гнейстовской школы надъ сторонниками единства судебной власти, развитіе административной юстиціи пошло скорѣе, но главнымъ образомъ въ отношеніи организаціи административнаго суда и упорядоченія административнаго процесса, обращавшихъ на себя главное вниманіе и литературы и общества. Вопросъ о компетенціи административныхъ судовъ оставался сравнительно на заднемъ планѣ. Компетенція эта несомнѣнно расширялась и расширяется. Ограниченіе ея одними Parteistreitigkeiten давно оставлено (кромѣ Гессена). Она обнимаетъ повсюду цѣлую массу споровъ между частными лицами и самими органами администраціи. Но до принципа исковой защиты всякаго нарушеннаго права еще очень далеко. Самый способъ опредѣленія компетенціи административныхъ судовъ прямо противоположенъ этому принципу. Это такъ наз. Enumerationsmethode. Законъ детально перечисляетъ споры, подлежащіе разсмотрѣнію административныхъ судовъ. Правонарушенія администраціи, не относящіяся къ предметамъ, положительно указаннымъ въ законѣ, eo ipso не подлежатъ административно-судебному обжалованію. Эта система нѣсколько модифицирована въ Баденѣ и въ Пруссіи, гдѣ кромѣ детальныхъ постановленій существуютъ такъ наз. Generalklauseln, т.-е. общія формулы, путемъ которыхъ сужденію административнаго суда подчиняется цѣлая отрасль управленія. Такъ, на основаніи ст. 127-й прусскаго закона 30 іюля 1883 г. (Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung) обжалованію въ административный судъ подлежатъ всѣ распоряженія мѣстныхъ полицейскихъ властей (Ortspolizeibehörden). Жалоба можетъ быть основана или на непримѣненіи либо неправильномъ примѣненіи дѣйствующаго права (закона или обязательнаго постановленія) или на отсутствіи фактическихъ обстоятельствъ, обусловливающихъ право полиціи издать данное распоряженіе. Далѣе прусское законодательство знаетъ нѣкоторые случаи административно-судебнаго обжалованія въ «полномъ объемѣ», т.-е. не только по основаніямъ юридическимъ, но и по основаніямъ цѣлесообразности [1]).

Особнякомъ среди германскихъ государствъ, въ отношеніи опредѣленія полномочій административнаго суда стоятъ Вюртембергъ и Саксонія. Уже на основаніи вюртембергской конституціи 1819 года тайный совѣтъ при участіи предсѣдателей верховнаго суда раз-

[1]) См. O. Müller, Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege, S. 11—18.

Digitized by Google

сматривалъ жалобы на распоряженія министровъ. Практика ограничила это обжалованіе случаями нарушенія субъективнаго права. При учрежденіи административнаго суда въ 1866 году разсмотрѣніе этихъ жалобъ было передано ему. Вслѣдствіе этого административная юстиція въ Вюртембергѣ распадается на двѣ части. Детальнымъ перечнемъ регулируются только Parteistreitigkeiten, разсматриваемыя различными административными учрежденіями въ административно-судебномъ порядкѣ въ первой инстанціи и Штутгартскимъ административнымъ судомъ во второй. Напротивъ, право обжалованія актовъ власти основано на общемъ принципѣ. На всякое публично-правовое рѣшеніе или распоряженіе (auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung oder Verfügung) можетъ быть подана жалоба въ административный судъ, если данное распоряженіе является юридически-необоснованнымъ и тѣмъ нарушаетъ принадлежащее жалобщику право или налагаетъ на него незаконную обязанность. При этомъ административный судъ провѣряетъ и фактическія обстоятельства, обусловливающія правонарушенія. Эта генеральная жалоба (Rechtsbeschwerde) подошла бы уже довольно близко къ общему иску о возстановленіи субъективныхъ публичныхъ правъ, если бы въ ней не сохранилась рѣзкая черта той административной жалобы, изъ которой она выросла: необходимость полнаго исчерпанія инстанціоннаго порядка, предварительно обращенія къ административному суду [1]).

Саксонія, знавшая до 1900 года административную юстицію только для Parteistreitigkeiten, не имѣвшая вовсе административнаго суда, при учрежденіи послѣдняго въ 1900 году, ввела жалобу (Anfechtungsklage) на незаконныя (gesetzwidrige) распоряженія общихъ административныхъ властей [2]) (министерствъ, мѣстныхъ коллегіальныхъ учрежденій), неподлежащія дальнѣйшему обжалованію въ иномъ порядкѣ. Но эта жалоба значительно у́же вюртембергской. Что касается министерскихъ распоряженій, то законъ говоритъ общимъ образомъ только о распоряженіяхъ министерства внутреннихъ дѣлъ, состоявшихся вслѣдствіе жалобы на подчиненныя учрежденія; случаи обжалованія распоряженій непосредственно отъ этого министерства исходящихъ и распоря-

[1]) Законъ 16 декабря 1876 г., стт. 13, 16, 59. Göz, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 1908, S. 165.

[2]) По мнѣнію О. Майера, Staatsrecht des Königreichs Sachsen, S. 275, Anm. 30, понятіе «незаконности» слѣдуетъ толковать ограничительно: должно быть нарушеніе закона, какъ такового; административный судъ можетъ провѣрять и фактическія обстоятельства, съ наличностью которыхъ законъ связываетъ извѣстныя послѣдствія; но сюда не подойдетъ неправильное истолкованіе концессій, разрѣшеній и т. д.

Digitized by Google

женій другихъ министерствъ отдѣльно перечислены. Далѣе законъ вовсе не касается распоряженій особенныхъ административныхъ властей [1]).

Компетенція административнаго суда въ Австріи основана на общемъ принципѣ. Въ этотъ судъ можетъ быть подана жалоба на всякое постановленіе центральныхъ, провинціальныхъ и общинныхъ властей имперіи, нарушающее право жалобщиковъ. Но австрійскую судебно-административную жалобу никакъ нельзя признать искомъ о возстановленіи нарушеннаго права. Она носитъ рѣзко опредѣленный характеръ кассаціонной жалобы на административныя распоряженія. Отношенія административнаго суда къ административнымъ органамъ абсолютно-тождественны съ отношеніями кассаціоннаго суда къ судамъ по существу. Предварительно обращенія къ административному суду, жалобщикъ долженъ исчерпать средства инстанціоннаго обжалованія. Административный судъ разсматриваетъ только вопросы юридическіе, примѣняя законъ къ фактамъ, какъ они установлены послѣдней административной инстанціей. Если оказывается, что законъ неправильно примѣненъ администраціей, то судъ отмѣняетъ обжалованное постановленіе въ цѣломъ, предоставляя сторонамъ снова обратиться къ администраціи. Довольно своеобразное дополненіе къ этой обыкновенной административно-судебной жалобѣ, образуетъ «спеціальная административная юстиція», отправляемая не административнымъ, а имперскимъ судомъ. Разсмотрѣнію этого суда подлежатъ во-первыхъ, иски противъ государства или «земли», основанныя на нарушеніи пріобрѣтеннаго права и не подлежащіе разсмотрѣнію въ гражданско-судебномъ порядкѣ; во-вторыхъ, жалобы на нарушеніе правъ, гарантированныхъ конституціей. Относительно послѣднихъ требуется исчерпаніе инстанціоннаго порядка; судъ не выноситъ вообще никакого приговора по существу, а только теоретически констатируетъ, что право нарушено [2]).

Низкой степени развитія административнаго иска въ Германіи и Австріи соотвѣтствуетъ неопредѣленное положеніе этого вопроса въ нѣмецкой литературѣ. Со стороны основныхъ теоретическихъ предпосылокъ нѣмецкіе полицеисты находились въ вопросѣ о сущности административной юстиціи въ весьма благопріятномъ положеніи. Для нихъ не существовало того камня преткновенія, которымъ являлась старая теорія раздѣленія властей для ихъ фран-

---

[1]) Законъ 19 іюля 1900 года, стт. 73, 75. Другими законами Anfechtungsklage распространена на нѣкоторыя распоряженія особенныхъ органовъ. O. Mayer, S. 273.

[2]) Ulbrich, Das Österreichische Staatsrecht, 1904, S. 232—234.

Digitized by Google

цузскихъ собратьевъ. Напротивъ, именно германская наука государственнаго права провела различіе между понятіями суда и администраціи въ формальномъ (или «субъективномъ») и въ матеріальномъ (или «объективномъ») смыслѣ и установила абстрактную категорію правосудія въ матеріальномъ смыслѣ, въ которую входитъ всякій актъ, безразлично отъ какого органа исходящій, сущность котораго состоитъ въ разрѣшеніи спора о правѣ, безразлично частномъ или публичномъ. Между тѣмъ, вопросъ о юридической природѣ административной юстиціи не только нельзя считать рѣшеннымъ въ административной наукѣ, но въ этомъ вопросѣ нельзя не констатировать даже нѣкотораго регресса. Господствовавшее въ 80-хъ годахъ[1]) воззрѣніе дѣйствительно признавало административную юстицію объективно — правосудіемъ и видѣла ея сущность въ возстановленіи нарушенныхъ администраціей субъективныхъ правъ гражданъ[2]). Отсюда (по крайней мѣрѣ нѣкоторыми) и дѣлался тотъ выводъ, что естественные предѣлы административной юстиціи совпадаютъ съ предѣлами споровъ о правѣ между администраціей и частными лицами[3]), что она является необходимой категоріей съ точки зрѣнія логики юридическихъ принциповъ, что «съ понятіемъ административнаго права, дано и понятіе административной юстиціи»[4]).

Но эта высоко-принципіальная точка зрѣнія въ настоящее время, повидимому, все болѣе и болѣе вытѣсняется совершенно другимъ воззрѣніемъ[5]). Никто иной, какъ О. Майеръ нанесъ тяжкій ударъ правовой теоріи. Вся его критика въ существѣ дѣла основывается на томъ «простомъ» фактѣ, что «на самомъ дѣлѣ» объемъ административной юстиціи ни въ ту, ни въ другую сторону не соотвѣтствуетъ понятію разрѣшенія споровъ о правѣ. Не только не всѣ «споры о правѣ» разрѣшаются административными судами[6]), но съ другой стороны, въ особенности прусское законодательство

[1]) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 163.

[2]) Достаточно указать Löning, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, S. 797 ff. v. Stengel, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, S. 218. v. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, S. 65, 73, 76. Другая теорія, отрицающая существованіе субъективныхъ публичныхъ правъ, считаетъ задачей административной юстиціи охрану объективнаго права. (Съ этою теоріей мы еще встрѣтимся въ ея гораздо болѣе интересной французской переработкѣ). См. Bornhak, Preussiches Staatsrecht, II, S. 413. Смѣшанную теорію встрѣчаемъ у G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts (изд. Dochow, 1910), S. 47.

[3]) v. Stengel, l. c., S. 212.

[4]) v. Sarwey, l. c., S. 76.

[5]) W. Müller. Rechtskraft im Verwaltungsstreitverfahren, 1910, S. 28.

[6]) Deutsches Verwaltungsrecht, S. 170, Anm. 16; принятый большинствомъ законодательствъ методъ перечисленія показываетъ, «wie wenig es dem Begriff der Verwaltungsrechtsprechung hilft, dass man ihn für «von selbst gegeben» erklärt.

Digitized by Google

въ рядѣ случаевъ включаетъ въ административную юстицію разсмотрѣніе жалобъ на административныя распоряженія, не только съ точки зрѣнія права, но и съ точки зрѣнія цѣлесообразности, — устанавливаетъ административно-судебный контроль не только надъ исполненіемъ закона, но и надъ административнымъ усмотрѣніемъ. Это фактъ, съ которымъ теорія не можетъ не считаться [1]). Все недоразумѣніе происходитъ, по мнѣнію Майера, отъ совершенно неправильнаго отожествленія роли административнаго суда въ административномъ правѣ, съ ролью суда гражданскаго въ правѣ частномъ. Основная сущность судебнаго приговора состоитъ въ томъ, что онъ является примѣняющимъ законъ къ частному случаю начальственнымъ указаніемъ (obrigkeitlicher Ausspruch), опредѣляющимъ, что въ данномъ случаѣ должно быть правомъ. Поэтому въ гражданскомъ правѣ судебный приговоръ необходимъ для примѣненія закона. Но въ области права административнаго, всякое административное распоряженіе есть начальственное указаніе о томъ, что въ данномъ случаѣ должно быть для подданнаго правомъ (was für ihn Rechtens sein soll) [2]). Одни изъ административныхъ распоряженій являются «свободными», — администраціи предоставлено собственнымъ рѣшеніемъ опредѣлить новое правоотношеніе; другія столь же связаны закономъ, какъ судебный приговоръ, являются такимъ же исполненіемъ закона [3]). Акты административной юстиціи имѣютъ еще нѣкоторыя свойства гражданско-судебнаго приговора, которыхъ нѣтъ у обыкновеннаго административнаго распоряженія — привлеченіе лица, котораго дѣло касается въ качествѣ стороны и силу судебнаго рѣшенія (materielle Rechtskraft) [4]). Они суть административныя распоряженія съ этими особыми свойствами (такъ какъ нѣкоторые элементы судебнаго приговора есть во всякомъ административномъ распоряженіи), но они не необходимы логически для исполненія закона. Отъ положительнаго законодательства вполнѣ зависитъ придавать ли эти особенныя свойства только актамъ «связаннымъ», и въ какихъ именно случаяхъ или и актамъ свободнаго усмотрѣнія, — во всякомъ случаѣ, и тѣ, и другія суть вполнѣ акты административной юстиціи. «Полную административную юстицію» (volle Verwaltungsrechtspflege), мы будемъ имѣть какъ разъ тамъ, гдѣ она разрѣшаетъ какое-либо дѣло въ полномъ объемѣ (въ частности, въ подлежащихъ случаяхъ,

---

[1]) Ibid., S. 164—169. «Das ist eine Thatsache, um die man nicht herum kommt (S. 169)... Auf diese Wirklichkeit wird es allein nur ankommen» (S. 166, Anm. 11).
[2]) Ibid., S. 95.
[3]) Ibid., S. 100—102, 164—167.
[4]) Ibid., S. 162, 172—178.

Digitized by Google

разрѣшаетъ и вопросы цѣлесообразности). Затѣмъ возможны различныя ограниченія (въ частности исключеніе вопросовъ усмотрѣнія); тогда имѣется «ограниченная административная юстиція» (beschränkte Verwaltungsrechtspflege)[1]). Но ни та, ни другая не являются логически необходимыми. Въ гражданскомъ правѣ правосудіе является единственной правоохраной (der Rechtsschutz); административные законы исполняются различными административными учрежденіями и право охраняется здѣсь разными средствами — и административная юстиція является только однимъ изъ спеціальныхъ способовъ (eine spezielle Vorkehrung)[2]). Самое существованіе, а тѣмъ болѣе объемъ административной юстиціи вопросъ цѣлесообразности[3]).

То же, по существу, воззрѣніе въ значительно упрощенномъ видѣ проводитъ О. Мюллеръ, который и считается собственно отцомъ этой теоріи. Ссылаясь на тѣ же случаи изъ прусскаго законодательства, въ которыхъ административному суду передано разсмотрѣніе вопросовъ цѣлесообразности, онъ приходитъ къ выводу, что административная юстиція есть въ объективномъ отношеніи «просто» администрація, отличаясь отъ другихъ видовъ этой послѣдней только по своимъ судебнымъ формамъ[4]). Къ этой редакціи впослѣдствіи присоединился и самъ Майеръ[5]).

Теоретическая аргументація Майера, при всей несомнѣнной оригинальности, основана на нѣкоторомъ смѣшеніи понятій. Если говорятъ, что администрація «исполняетъ» законъ, то это значитъ только то, что она исполняетъ свою законную обязанность. Но законныя обязанности выполняютъ и частныя лица. Административное распоряженіе, является ли оно для даннаго органа при данныхъ условіяхъ безусловно-обязательнымъ, предоставлено ли администраціи усмотрѣніе, можетъ имѣть только одно послѣдствіе: созданіе новыхъ конкретныхъ правъ и обязанностей, созданіе новаго конкретнаго правоотношенія. Глубоко-правильно Лабандъ[6]) именуетъ его сдѣлкой публичнаго права. Вся разница съ сдѣлками частными, которыя тоже нерѣдко являются выполненіемъ обя-

---

[1]) Ibid., S. 166—170, 187 ff.
[2]) Ibid., S. 162—170.
[3]) Ibid., S. 170. Его же, Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, S. 270. «Verwaltungsrechtspflege ist nichts selbstverständliches, sondern bedeutet eine besondere Einrichtung, die das Gesetz nach Zweckmässigkeit gewährt und nicht gewährt».
[4]) O. Müller, Begriffe der Verwaltungsrechtspflege nach preussischen Recht, S. 1—74.
[5]) Въ «Archiv des öffentlichen Rechts XXI», S. 2 ff.
[6]) «Staatsrecht des deutschen Reiches», I, S. 659. Это опредѣленіе принимаетъ и самъ Майеръ для «свободныхъ распоряженій». «Verw.», I, S. 97.

Digitized by Google

занностей[1]), заключается въ матеріальномъ содержаніи, устанавливаемыхъ односторонней сдѣлкой правоотношеній. Судебное рѣшеніе «исполняетъ законъ» въ совершенно иномъ смыслѣ, — оно устанавливаетъ дѣйствительное существованіе и значеніе спорнаго правоотношенія; поэтому-то послѣдствіемъ его является не возникновеніе новаго правоотношенія, а особенная «новація» стараго, которое принимается за таковое, какимъ оно признано судомъ: отсюда особенная «сила судебнаго рѣшенія». Въ этомъ и только въ этомъ смыслѣ оно facit ius. Это не какой-либо одинъ элементъ этого понятія, въ этомъ вся его сущность. Сказать, что у административнаго распоряженія и судебнаго рѣшенія есть тотъ общій элементъ, что оба устанавливаютъ, «что въ конкретномъ случаѣ должно быть правомъ», значитъ допустить подстановку понятій, такъ какъ смыслъ этого выраженія въ обоихъ случаяхъ совершенно разный; административное распоряженіе «устанавливаетъ право» лишь въ томъ же смыслѣ, какъ всякая частная сдѣлка. Есть, правда, одно свойство, изъ котораго на первый взглядъ вытекаетъ нѣкоторая общность судебнаго рѣшенія и административнаго распоряженія и рѣзкое отличіе между послѣднимъ и частными сдѣлками, именно въ отношеніи вытекающаго изъ нихъ установленія права, — и это то свойство Майеръ, собственно говоря, и имѣетъ въ виду[2]). Дѣло въ томъ, что и судебное рѣшеніе, и административное распоряженіе, обладаютъ той «силой», что оба подлежатъ принудительному исполненію. Въ частности, съ этой точки зрѣнія, можетъ представиться, что «связанныя» административныя распоряженія, также принудительно исполняютъ законъ, какъ и судебныя рѣшенія. Но принудительному исполненію подлежатъ вообще не законъ, не общая норма, какъ таковая, а только конкретныя правоотношенія. Если въ современномъ гражданскомъ правѣ подлежатъ принудительному исполненію только судебныя рѣшенія, то это значитъ, что здѣсь правоотношенія принудительно осуществляются только послѣ признанія ихъ судебнымъ приговоромъ, разрѣшившимъ споръ объ ихъ дѣйствительности и значеніи. Если административныя распоряженія принудительно исполняются (на континентѣ и то не всегда, но не въ Англіи[3]) сами по себѣ, то это значитъ, что

---

[1]) Какъ, напр., всякій договоръ, основанный на предшествующемъ pactum de contrahendo.

[2]) См. Ibid., I, S. 95 ff., а также отдѣлъ «Verwaltungszwang».

[3]) Самъ же Майеръ, одинъ изъ первыхъ указалъ на рядъ случаевъ германскаго права, въ которыхъ требованія администраціи осуществляются въ порядкѣ административной юстиціи. Ibid., I, S. 180 ff. Если бы ему не мѣшала его собственная теорія административной юстиціи, онъ бы долженъ былъ притти къ заключенію, что здѣсь имѣется не какое-то изданіе первоначальнаго административнаго акта въ формахъ административной юстиціи,

Digitized by Google

здѣсь вытекающее изъ сдѣлки правоотношеніе принудительно осуществляется (заинтересованной стороной), безъ того, чтобы споръ о немъ былъ разрѣшенъ судебнымъ рѣшеніемъ,—какъ то было общимъ правиломъ въ первобытномъ гражданскомъ правѣ. Порядокъ принудительнаго исполненія какого-либо акта, самъ по себѣ еще не мѣняетъ сущность производимаго имъ установленія права. Сторона, имѣющая право самоуправно осуществлять свои притязанія, еще не дѣлается отъ этого судомъ, сдѣлка (такія сдѣлки до сихъ поръ признаются современными гражданскими законодательствами въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ) подлежащая неносредственному, внѣсудебному осуществленію, еще не дѣлается отъ этого судебнымъ приговоромъ, не facit ius въ смыслѣ этого послѣдняго. Если въ первобытномъ правѣ, лицо, управомоченное по сдѣлкѣ могло самоуправно осуществить свое требованіе, то это означало только то, что ему, въ дополненіе къ извѣстному матеріальному праву, принадлежало право самоуправнаго осуществленія, между тѣмъ, какъ въ настоящее время такимъ дополненіемъ является право иска. И только это же самое означаетъ непосредственное принудительное осуществленіе административныхъ распоряженій. Съ другой стороны, нельзя признать и того, что порядокъ принудительнаго осуществленія является конститутивнымъ различіемъ между частными сдѣлками и административными распоряженіями, между публичнымъ и частнымъ правомъ. Податной списокъ, устанавливаемый англійскимъ органомъ мѣстнаго самоуправленія, не становится частно-правовой сдѣлкой оттого, что взысканіе налога происходитъ въ судебномъ порядкѣ[1]), разъ здѣсь устанавливается одностороннимъ актомъ такое правоотношеніе, которое само по себѣ принципіально не можетъ быть установлено одностороннимъ волеизъявленіемъ частнаго лица. Но изъ того, что въ континентальномъ административномъ правѣ существуетъ самоуправный порядокъ исполненія административныхъ требованій, конечно, не только не слѣдуетъ, что это административное самоуправство можетъ, съ точки зрѣнія правъ частныхъ лицъ, въ какомъ бы то не было смыслѣ, замѣнить ту правоохрану, которую даетъ судебное разрѣшеніе споровъ, что эта правоохрана съ меньшей необходимостью вытекаетъ изъ признанія закономъ субъективныхъ публичныхъ правъ, чѣмъ правоохрана гражданско-су-

---

а осуществленіе требованій администраціи путемъ настоящаго судебнаго иска. Ср. Leuthold, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage», Annalen des deutschen Reichs für Gesetzgebung u. s. w., 1884, S. 432. А. Кулишеръ. Господство права и административное принужденіе, стран. 18, 46—49.

[1]) А. Кулишеръ. Господство права, стран. 30.

Digitized by Google

дебная изъ существованія субъективныхъ правъ частныхъ, — но, напротивъ, это обстоятельство является лишнимъ и чрезвычайно важнымъ основаніемъ для возможно широкаго установленія исковой охраны субъективныхъ публичныхъ правъ.

Переходя къ теоріи административной юстиціи по существу, нельзя не замѣтить, что ссылка на отдѣльные случаи, въ которыхъ административные суды разрѣшаютъ вопросы цѣлесообразности въ качествѣ возраженія противъ опредѣленія административной юстиціи въ матеріальномъ смыслѣ, какъ разрѣшенія споровъ о правѣ, является весьма наивной. Теорія, исходящая изъ различенія актовъ правосудія и актовъ административныхъ по критерію ихъ существа, независимо отъ органа и формъ разсмотрѣнія, не можетъ быть «опровергнута» тѣмъ «фактомъ», что законодатель соединилъ въ одной и той же формѣ разсмотрѣнія передъ однимъ и тѣмъ же органомъ акты обѣихъ категорій. Несомнѣнно, что рядомъ съ понятіемъ административной юстиціи въ матеріальномъ смыслѣ, возможно понятіе ея въ смыслѣ формальномъ; оно никакъ не можетъ «опровергнуть» первое. Мы уже указывали, что установленіе матеріальныхъ категорій суда и администраціи, независимо отъ органа и формы, является важной заслугой германской науки. Въ самомъ дѣлѣ, самыя «судебныя формы» — судъ, стороны, состязаніе и т. д. — являются ничѣмъ инымъ, какъ приспособленіемъ порядка разсмотрѣнія къ разбирательству именно споровъ о правѣ. Это приспособленіе историческій фактъ, давнымъ давно происшедшій въ области гражданскаго права, повторившійся въ сравнительно недавнее время въ области права уголовнаго и происходящій на нашихъ глазахъ въ области права административнаго. Едва ли достаточно единичныхъ случаевъ изъ прусскаго законодательства, чтобы утверждать, что эта эволюція приняла другое направленіе и пересматривать всю теорію административной юстиціи. Другое дѣло несомнѣнно общее явленіе усиленія административно-судебнаго контроля надъ соблюденіемъ духа и цѣли закона и ограниченія путемъ судебнаго толкованія неопредѣленно широкихъ административныхъ полномочій. Майеръ увидалъ контроль надъ «усмотрѣніемъ» въ прусской генеральной жалобѣ на полицейскія распоряженія, основанной на отсутствіи фактическихъ условій ихъ изданія[1]). По его мнѣнію, усмотрѣніе полиціи слагается изъ двухъ частей: оцѣнка того, подходятъ ли фактическія условія для изданія распоряженія и пріисканіе средствъ для достиженія поставленной цѣли. Административный судъ контролируетъ только

[1]) Verwaltungsrecht, S. 192—194.

Digitized by Google

первую сторону; eo ipso онъ отчасти контролируетъ и вторую, разрѣшая вопросъ, не перешло ли распоряженіе полиціи границы нормальнаго при данныхъ обстоятельствахъ. Въ подтвержденіе Майеръ ссылается на практику верховнаго административнаго суда, который находилъ, что жалоба можетъ быть основана на томъ, что «распоряженіе перешло крайнія границы, поставленныя усмотрѣнію и вообще не основано на объективныхъ полицейскихъ мотивахъ» и на томъ, что «распоряженіе, при данныхъ условіяхъ совершенно ушло въ сторону и непригодно для достиженія поставленной имъ цѣли». Но установленіе фактическихъ обстоятельствъ можетъ имѣть значеніе только въ двухъ отношеніяхъ: есть ли на лицо фактическія условія, съ которыми законъ связываетъ возможность изданія даннаго распоряженія; есть ли на лицо условія, при которыхъ какое-либо опредѣленное распоряженіе цѣлесообразно. Оцѣнка фактическихъ условій съ этой второй точки зрѣнія, которая въ приводимомъ Майеромъ рѣшеніи категорически отвергается[1]), была бы контролемъ надъ административной цѣлесообразностью въ полномъ объемѣ, а не надъ какой-то одной его стороной, не имѣющей безъ другой никакого смысла. Если же административный судъ изслѣдуетъ наличность фактическихъ условій съ первой точки зрѣнія, что несомнѣнно имѣетъ въ виду законъ[2]) и что признаетъ и практика[3]), то это контроль надъ юридическою правильностью распоряженій, какъ бы далеко судъ не заходилъ въ надзорѣ за соблюденіемъ духа закона въ этомъ отношеніи. Развитію въ этомъ направленіи несомнѣнно принадлежитъ будущее, но оно вполнѣ примиримо со «старой» теоріей административной юстиціи[4]).

Съ другой стороны, нельзя отвергать требованіе о судебномъ разрѣшеніи всѣхъ споровъ о публичномъ правѣ на томъ основаніи, что законодатель этого требованія не исполнилъ. Уже то обстоятельство, что разбираемая теорія отвергаетъ принципіальный характеръ этого требованія, показываетъ, что она представляетъ собою регрессъ не только въ теоретическомъ отношеніи. Та идея, что разрѣшеніе споровъ о правѣ публичномъ между гражданиномъ и государствомъ, является такимъ же отправленіемъ правосудія, какъ

---

[1]) Жалоба не можетъ быть основана на томъ, что власть использовала свое усмотрѣніе «относительно слишкомъ широко, несоотвѣтствующимъ обстоятельствамъ образомъ».

[2]) «Dass die thatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden».

[3]) Въ тѣхъ же рѣшеніяхъ «верховный судъ говоритъ о юридическихъ, допустимыхъ «rechtlich zulässige», фактическихъ условіяхъ.

[4]) Cp. G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1910, S. 48, Anm. 3. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1911, S. 215.

Digitized by Google

разрѣшеніе споровъ частныхъ лицъ, непосредственно вытекаетъ изъ той основной концепціи правового государства, по которой оно является не безусловно-господствующимъ «начальствомъ» (высшее начальство, издающее «законъ» и низшее, его «исполняющее»)[1]), а субъектомъ правъ, обладающимъ, правда, особыми полномочіями, но ограниченнымъ противостоящими ему правами другихъ субъектовъ, съ которыми у него возможенъ споръ. Изъ этой идеи, въ свою очередь, вытекаютъ, и независимо отъ вопроса объ опредѣленіи компетенціи административнаго суда, высоко-важныя требованія, теряющія, съ точки зрѣнія теоріи административной юстиціи, какъ «администраціи въ судебныхъ формахъ» свое принципіальное значеніе. Мы уже видѣли, что самое существованіе административной юстиціи, слѣдовательно тѣ же самыя «судебныя формы» оказываются вопросомъ «цѣлесообразности». Вопросъ о независимости административнаго суда, какъ органа, творящаго правосудіе между государствомъ и частными лицами, превращается въ вопросъ о «цѣлесообразной» организаціи одного изъ многихъ административныхъ учрежденій. Успѣхъ теоріи Майера-Мюллера свидѣтельствуетъ и о теоретическомъ упадкѣ германской науки административнаго права и о все большемъ проникновеніи въ нее весьма печальныхъ практическихъ тенденцій.

II.

Французское право стоитъ въ интересующемъ насъ отношеніи на несравненно высшей ступени. Никоимъ образомъ нельзя сказать, чтобы во Франціи былъ когда-либо сознательно признанъ принципъ исковой защиты всякаго публичнаго права. Но столѣтнее историческое развитіе чисто эмпирическимъ путемъ создало порядокъ довольно близкій по своимъ практическимъ результатамъ, если не по своей конструкціи, къ тому, что вытекало бы изъ сознательнаго и послѣдовательнаго проведенія этого принципа. Сущность французской системы состоитъ въ сосуществованіи двухъ видовъ административныхъ исковъ, совершенно различныхъ по происхожденію и конструкціи. Уже старый режимъ зналъ извѣстную группу имущественныхъ споровъ казны съ частными лицами, отчасти гражданско-правовыхъ (напр., дѣла о подрядахъ), но отчасти и публично-правовыхъ (споры по обложенію), признававшихся спорами о правѣ и разсматривавшихся административными установленіями (conseil des finances, cours des aides, интендантами)

[1]) Крайне характерно, что Майеръ снова воскресилъ это понятіе «начальства».

Digitized by Google

въ порядкѣ, болѣе или менѣе приближенномъ къ судебному. Ко времени революціи судебный характеръ этихъ дѣлъ сознавался настолько, что въ умахъ дѣятелей той эпохи вопросъ о подвѣдомственности ихъ совершенно отдѣлялся отъ общаго вопроса объ отношеніяхъ между судомъ и администраціей. Національное Собраніе, издававшее грозные декреты противъ всякаго вмѣшательства судовъ въ дѣла общей администраціи, разсматривало эти фискальныя дѣла, какъ спеціальный видъ дѣлъ судебныхъ, наравнѣ съ дѣлами торговыми и дѣлами о полицейскихъ нарушеніяхъ. Оно обсуждало вопросъ о нихъ въ связи съ реорганизаціей судебнаго вѣдомства, поставивъ своей судебной комиссіи вопросъ о томъ, «надлежитъ ли передать всѣ дѣла однимъ и тѣмъ же судьямъ или раздѣлить юрисдикцію по дѣламъ торговымъ, административнымъ, налоговымъ и полицейскимъ (т.-е. полицейско-уголовнымъ)». Комиссія предложила учрежденіе особыхъ административныхъ судовъ (tribunal d'administration et d'impôts). Во время обсужденія проекта комиссіи дѣлались предложенія о передачѣ этихъ дѣлъ общимъ судамъ во избѣжаніе сложности судебной системы и для предупрежденія безконечныхъ пререканій о подсудности, составлявшихъ язву стараго режима. И лишь въ концѣ концовъ, и опять-таки по соображеніямъ чисто практическимъ, является на сцену и принимается предложеніе Пезона о передачѣ этихъ споровъ выборнымъ директоріямъ округовъ и департаментовъ[1]) (законъ 6—7 сентября 1790 г.), мѣсто которыхъ впослѣдствіи заняли совѣты префектуръ и государственный совѣтъ. Эти-то фискальныя дѣла явились историческою основой понятія административныхъ споровъ о правѣ (contestations en matière administrative), спорныхъ административныхъ дѣлъ (affaires contentieuses administratives), къ которымъ примѣняется такъ назыв. полное судебное разбирательство (contentieux de pleine juridiction) и соотвѣтствующій ему обыкновенный административно-судебный искъ (recours contentieux ordinaire). Область этихъ дѣлъ была расширена законодательствомъ XIX вѣка, прибавившимъ сюда и нѣкоторые споры о правахъ неимущественныхъ (главнымъ образомъ о правѣ избирательномъ). Съ другой стороны компетенція административныхъ судовъ въ области гражданско-правовыхъ дѣлъ казны сузилась въ пользу общихъ судовъ. Практика и доктрина признали, что споры по поводу всѣхъ такъ назыв. actes de gestion (гражданско-правовыхъ актовъ) администраціи подлежатъ, поскольку закономъ не установлено исключеніе, вѣдѣнію судовъ гражданскихъ. Но и въ на-

[1]) См. Artur, Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions, «Revue du droit public», 1902, p. 234—261.

Digitized by Google

стоящее время разсмотрѣнію административныхъ судовъ въ порядкѣ cont. de pl. jur. подлежитъ цѣлый рядъ гражданскихъ дѣлъ казны и лишь немногія дѣла, заслуживающія наименованія споровъ о правѣ публичномъ[1]).

Этотъ обыкновенный административный искъ, поскольку онъ вообще допускается, вполнѣ совпадаетъ по своему объему съ гражданскимъ судебнымъ искомъ. Это есть требованіе гражданина о возстановленіи его права, нарушеннаго администраціей, безразлично отъ того, были ли причиной правонарушенія неправильная оцѣнка обстоятельствъ дѣла со стороны администраціи, или неправильное примѣненіе ею закона. Съ своей стороны, административный судъ въ порядкѣ cont. de pl. jur. самостоятельно разрѣшаетъ вопросы факта и права и, если искъ является обоснованнымъ, возстановляетъ нарушенное право гражданина всѣми возможными способами. «Онъ является, говоритъ Лаферьеръ, судьей факта и права, онъ разрѣшаетъ дѣло между администраціей и ея противниками, какъ обыкновенные суды между двумя тяжущимися; онъ измѣняетъ распоряженія администраціи не только, если они незаконны, но и если они ошибочны, онъ замѣняетъ ихъ новыми распоряженіями; онъ констатируетъ наличность имущественныхъ обязательствъ и постановляетъ рѣшенія объ уплатѣ денежныхъ суммъ».

Изъ дѣлъ, подлежащихъ разсмотрѣнію въ порядкѣ cont. de pl. jur. нѣкоторыя переданы особыми законами спеціальнымъ административнымъ судамъ (совѣты префектуръ, conseils de revision, счетная палата), подъ апелляціоннымъ или кассаціоннымъ надзоромъ государственнаго совѣта. Остальныя долгое время считались подлежащими министру даннаго вѣдомства въ качествѣ общаго судьи по административнымъ дѣламъ (juge administratif ordinaire et de droit commun) подъ контролемъ государственнаго совѣта, въ качествѣ апелляціоннаго суда. Вслѣдствіе этого при правонарушеніи, совершенномъ низшимъ органомъ, если дѣло не подлежало сужденію какой-либо спеціальной юрисдикціи, требовалось предварительное обращеніе къ министру и его рѣшеніе. Иначе говоря, требовалось соблюденіе инстанціонной системы, и сохранилась еще нѣкоторая связь административнаго иска съ административнымъ обжалованіемъ. Нерѣдкіе отказы въ правосудіи, проистекавшіе изъ того, что министръ вообще не считалъ нужнымъ отвѣчать на прошеніе, вызвали ст. 7 закона 2 ноября 1864 года, въ силу которой жалоба по истеченіи 4 мѣсяцевъ со времени подачи министру признается отвергнутой и сторона можетъ обратиться

---

[1]) См. Laferrière. Traité de la juridiction administrative, I, p. 16.

Digitized by Google

въ государственный совѣтъ. Но практика пошла еще дальше. Отвергнувъ вообще такъ назыв. теорію министра-судьи, государственный совѣтъ призналъ самого себя общимъ административнымъ судьей первой и послѣдней инстанціи. Необходимость предварительнаго обращенія въ министру вообще отпала, и исчезла всякая связь между іерархическимъ обжалованіемъ и административнымъ искомъ [1]).

По отношенію къ собственно принудительнымъ распоряженіямъ администраціи (actes de commandement et de puissance publique) французское право выработало другой видъ административно-судебнаго разбирательства — такъ назыв. «судопроизводство объ отмѣнѣ» (contentieux de l'annulation) и соотвѣтствующій ему второй видъ административнаго иска, чрезвычайную жалобу (recours extraordinaire) или жалобу на превышеніе власти (recours pour excès de pouvoir), — одно изъ самыхъ странныхъ юридическихъ образованій европейскаго административнаго права. Это собственно не есть искъ о возстановленіи нарушеннаго права, это просьба объ отмѣнѣ незаконнаго административнаго распоряженія. Государственный совѣтъ не можетъ измѣнить обжалованнаго распоряженія; онъ отмѣняетъ его въ цѣломъ. При этомъ — и это выдающаяся особенность французскаго права — обжалованію въ этомъ порядкѣ подлежатъ не только индивидуальныя распоряженія, но и обязательныя постановленія администраціи, и такимъ образомъ приговоръ государственнаго совѣта можетъ имѣть юридическое значеніе для неопредѣленнаго числа лицъ, не принимавшихъ никакого участія въ процессѣ. Чрезвычайная жалоба можетъ быть подана на всякое административное распоряженіе (относительно такъ назыв. политическихъ актовъ см. ниже), противъ котораго не можетъ быть вчиненъ искъ въ другомъ порядкѣ (такъ назыв. règle du recours parallèle) безъ различія предмета и органа, — и распоряженія главы государства — даже постановленныя имъ по докладу государственнаго совѣта въ административномъ порядкѣ — подлежатъ обжалованію въ государственный совѣтъ въ порядкѣ rec. p. e. d. p. Жалоба эта подается только въ государственный совѣтъ и притомъ — абсолютно непосредственно, безъ всякаго отношенія къ инстанціонному порядку (omisso medio). Основаніями обжалованія являются: 1) incompétence, т.-е. вторженіе даннаго органа въ сферу полномочія другого органа; во-2) vice de forme, т.-е. несоблюденіе установленныхъ формъ и обрядовъ; въ-3) violation de la loi, т.-е. нарушеніе матеріальныхъ правъ —

[1]) Ibid., I, p. 322—327, 452—462. Artur, o. c. «Revue du droit public», 1900, II, p. 444—446.

Digitized by Google

droits acquis; въ-4) détournement du pouvoir, т.-е. использованіе предоставленныхъ закономъ полномочій не въ духѣ его; съ помощью этого послѣдняго основанія государственный совѣтъ провѣряетъ то или иное использованіе предоставленнаго закономъ усмотрѣнія, и открывается возможность (обстоятельство, до-нельзя смущающее теоретиковъ) обжалованія по правовымъ основаніямъ дискреціонныхъ административныхъ актовъ. Только при обжалованіи по 3-му основанію требуется отъ жалобщика указаніе на нарушеніе его субъективнаго права; въ остальныхъ случаяхъ достаточно наличности у него простого интереса, при чемъ практика государственнаго совѣта повидимому направляется въ сторону все большаго расширенія понятія этого интереса [1]).

Если такимъ образомъ contentieux de l'annulation нѣкоторыми своими свойствами какъ будто выходитъ вообще изъ сферы административнаго суда и вторгается въ сферу чистой администраціи, то въ другихъ отношеніяхъ права государственнаго совѣта въ этомъ порядкѣ значительно ограничены сравнительно съ правами административныхъ судовъ въ порядкѣ c. d. p. j. До недавняго времени признавалось, что онъ не можетъ входить въ разсмотрѣніе фактической стороны дѣла, въ разсмотрѣніе вопроса о дѣйствительномъ существованіи тѣхъ обстоятельствъ, при наличности которыхъ администраціи предоставлено право сдѣлать данное распоряженіе, и разрѣшаетъ исключительно вопросы юридическіе. Въ настоящее время это ограниченіе, повидимому, отпало [2]). Но, далѣе, если жалоба признается уважительной, то государственный совѣтъ не можетъ ни измѣнить незаконнаго распоряженія, ни замѣнить его другимъ, ни предписать администраціи принять мѣры къ возстановленію нарушеннаго права, если незаконное распоряженіе уже было приведено въ исполненіе; онъ ограничивается его отмѣной, предоставляя активной администраціи принять мѣры, изъ этой

[1]) Baudouin, La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir, Thèse, 1904.

[2]) См. Laferrière, I, p. 17; II, p. 534—535. Комиссаръ правительства Ромье въ своемъ заключеніи въ засѣданіи государственнаго совѣта 23 и 30 ноября 1906 года совершенно отрицалъ теорію ограниченія государственнаго совѣта при cont. de l'annulation вопросами примѣненія закона и приводилъ цѣлый рядъ случаевъ изъ практики (относительно обжалованія по violation de la loi), въ которыхъ государственный совѣтъ входилъ въ разсмотрѣніе фактическихъ обстоятельствъ («Revue du droit public», 1908, notes de jurisprudence, p. 684—686). При обжаловании по détournement du pouvoir, незаконная цѣль распоряженія можетъ быть установлена путемъ любыхъ доказательствъ, — дѣло доходило иногда до представленія частныхъ писемъ даннаго чиновника. (Такъ, по знаменитому дѣлу Maugras-Lesage такимъ путемъ было установлено, что причиной увольненія мэромъ двухъ полицейскихъ было составленіе ими протокола противъ содержательницы трактира, свояченицы прислуги мэра. Artur, o. c. «Revue du droit public», 1903, II, p. 459).

Digitized by Google

отмѣны вытекающія. Въ общемъ и цѣломъ, r. p. e. d. p., какъ средство исковой защиты публичныхъ правъ, стоитъ несравненно выше «генеральныхъ жалобъ» австрійскаго и даже саксонскаго и вюртембергскаго права. Въ томъ, что послѣдствіемъ признанія жалобы уважительною является отмѣна распоряженія въ цѣломъ, есть аналогія съ австрійскимъ правомъ. Но широкая доступность обжалованія, непосредственность его, допущеніе обжалованія распоряженій верховнаго управленія и, наконецъ, замѣчательная теорія détournement du pouvoir — все это создаетъ такую полноту и силу административнаго иска, до которой далеко какимъ бы то ни было «оригинальнымъ» нѣмецкимъ административно-судебнымъ изобрѣтеніямъ.

Споръ о правѣ, въ которомъ истецъ ссылается не на субъективное право, а на простой интересъ; споръ о правѣ, въ которомъ нѣтъ отвѣтчика; искъ, приводящій къ непосредственной отмѣнѣ административнаго распоряженія; споръ о правѣ, въ которомъ разсматриваются вопросы административнаго усмотрѣнія; судебный приговоръ, имѣющій силу erga omnes, — неудивительно, что вопросъ о юридическомъ характерѣ этого своеобразнаго созданія французскаго права и вопросъ о желательныхъ въ немъ реформахъ являются почвой самой ожесточенной полемики, самыхъ странныхъ недоразумѣній. Положеніе французскихъ юристовъ осложняется тѣмъ, что они не могутъ искать для своихъ теорій никакой опоры въ законодательствѣ. Уже Лаферьеръ доказалъ, что прежнее воззрѣніе будто бы r. p. e. d. p. исторически основанъ на законѣ 7—14 октября 1790 года, предоставляющемъ разрѣшеніе споровъ о компетенціи административныхъ органовъ королю въ совѣтѣ министровъ, является совершенно неосновательнымъ, такъ какъ этотъ законъ имѣетъ въ виду вовсе не жалобы частныхъ лицъ, а пререканія различныхъ органовъ между собою, и ссылки на него въ рѣшеніяхъ государственнаго совѣта появляются только послѣ 1830 года со времени введеній устныхъ преній и допущенія повѣренныхъ въ административно-судебныхъ дѣлахъ, — какъ способъ оправданія созданнаго практикой способа обжалованія. Каково же дѣйствительное происхожденіе r. p. e. d. p., — вопросъ донынѣ весьма спорный.

Не подлежитъ сомнѣнію лишь то, что возможность его развитія была дана существовавшимъ до 1872 года (за исключеніемъ небольшого промежутка 1848—1852 гг.) смѣшеніемъ функцій въ рукахъ главы государства. Верховнымъ судьей по всѣмъ административно-судебнымъ дѣламъ формально являлся не государственный совѣтъ, а самъ императоръ или король, постановлявшій резолюцію по

Digitized by Google

докладу государственнаго совѣта. Но тотъ же глава государства, въ качествѣ начальника всей администраціи, могъ отмѣнять любыя административныя распоряженія и по любымъ основаніямъ. Этимъ-то воспользовался государственный совѣтъ, обсуждая извѣстныя жалобы на административныя распоряженія въ порядкѣ, установленномъ для собственно спорныхъ дѣлъ, и затѣмъ подносія главѣ государства докладъ объ отмѣнѣ даннаго распоряженія. Но такимъ образомъ г. р. е. d. р. сталъ въ формальномъ отношеніи видомъ административнаго иска на ряду съ искомъ обыкновеннымъ: и тамъ и здѣсь дѣло окончательно рѣшалось главой государства; съ другой стороны, и тамъ и здѣсь оно обсуждалось въ государственномъ совѣтѣ, въ одномъ и томъ же порядкѣ, отличномъ отъ порядка, существовавшаго для дѣлъ чисто-административныхъ[1]). Судебныя формы, установленныя въ 1830 году для административно-судебныхъ дѣлъ, практика опять-таки примѣнила къ г. р. е. d. р. Ко времени же отмѣны въ 1872 году системы такъ назыв. justice retenue и превращенія государственнаго совѣта въ самостоятельный судъ по административно-судебнымъ дѣламъ, contentieux de l'annulation уже настолько выработалось въ стройную систему, настолько вошло въ плоть и кровь и стало неотъемлемою частью системы французской административной юстиціи, что необходимость его сохраненія въ этой системѣ стояла внѣ сомнѣній и законъ 9 мая 1872 года прямо указалъ его въ числѣ функцій государственнаго совѣта, какъ отныпѣ самостоятельнаго административнаго суда. Такова внѣшняя исторія гес. р. е. d. р. Внутренняя же сторона ея вызываетъ до сихъ поръ рядъ сомнѣній. По господствовавшему до недавняго времени мнѣнію, изложенному лучше всего у Лаферьера[2]), изслѣдованіе котораго признается классическимъ, excès de pouvoir въ первоначальномъ и собственномъ смыслѣ есть нарушеніе объективныхъ нормъ о компетенціи и формахъ. Такой характеръ гес. р. е. d. р. носилъ вплоть до 1864 года. Для обоснованія своихъ полномочій въ отношеніи этихъ жалобъ государственный совѣтъ (послѣ 1830 г.) воспользовался закономъ 7—14 октября 1790 года. Рядомъ съ этимъ выработалась совершенно другая жалоба, ничего общаго съ гес. р. е. d. р. не имѣющая: жалоба на нарушеніе матеріальныхъ субъективныхъ правъ гражданъ административными распоряженіями. Послѣ закона 2 ноября 1864 года, установившаго для гес. р. е. d. р. упрощенный порядокъ производства, сравнительно съ общимъ порядкомъ административно-судебнаго производства въ государственномъ совѣтѣ, послѣдній искусственно слилъ объ жалобы, рас-

[1]) Ср. Artur, o. c. «Revue du droit public», 1903, p. 417—421.
[2]) II, p. 406—413.

Digitized by Google

ширивъ такимъ образомъ понятіе excès de pouvoir и превративъ rec. p. e. d. p. въ нѣчто въ родѣ кассаціонной жалобы на административныя распоряженія. Наконецъ, «преторская» практика государственнаго совѣта дошла до установленія превышенія власти даже въ актахъ дискреціоннаго усмотрѣнія, ничьихъ правъ не нарушающихъ, если только цѣль ихъ не соотвѣтствуетъ цѣли закона. Такимъ образомъ, rec. p. e. d. p. оказывается результатомъ сліянія двухъ жалобъ, изъ которыхъ только одна носитъ нѣкоторый характеръ субъективнаго иска, а другая — и важнѣйшая — является по существу жалобой административной. И отрицаніе за rec. p. e. d. p. искового характера и теорія «объективной юрисдикціи» покоятся на этомъ историческомъ воззрѣніи.

На вопросъ о юридической сущности rec. p. e. d. p. мы встрѣчаемъ въ литературѣ послѣднихъ годовъ XIX и начала XX вв. троякій отвѣтъ: rec. p. e. d. p. есть административная жалоба, по недоразумѣнію попавшая въ число функцій административнаго суда и подлежитъ возвращенію на свое естественное мѣсто; rec. p. e. d. p. есть одинъ изъ видовъ новаго «объективнаго» иска и потому подлежитъ сохраненію; r. p. e. d. p. есть настоящій искъ о субъективномъ правѣ и подлежитъ дальнѣйшему развитію въ направленіи болѣе опредѣленнаго выраженія его исковой природы.

Прямолинейный сторонникъ бельгійской системы P. Жакеленъ, въ своей извѣстной книгѣ, окончательно разрушившей старую французскую теорію раздѣленія властей, и представляющей собою настоящій обвинительный актъ противъ всей французской системы административной юстиціи, подвергаетъ рѣзкой критикѣ и rec. p. e. d. p., который, по его мнѣнію, не только былъ, но и остался по существу чисто-іерархической жалобой[1]). Всякій искъ долженъ быть основанъ на нарушеніи субъективнаго права. Можно было бы еще понять incompétence и vice de forme какъ основанія иска, если признать, что граждане имѣютъ субъективное право на соблюденіе властями подлежащихъ нормъ. Но не такова точка зрѣнія положительнаго права. Вѣдь, государственный совѣтъ почерпнулъ свои полномочія изъ закона 7—14 октября 1790 года, предоставившаго разрѣшеніе вопросовъ компетенціи королю, «какъ главѣ администраціи». И никакъ невозможно обосновать контроль административнаго суда, какъ такового, надъ актами дискреціонными, по самому понятію своему не могущими нарушить ничьихъ правъ. Жалоба же на нарушеніе субъективныхъ правъ есть случайный элементъ, ничего общаго съ rec. p. e. d. p. не имѣющій. И, наконецъ,

[1]) Jaquelin, Les principes dominants du contentieux administratif, 1899, p. 227—259.

Digitized by Google

какимъ образомъ какой бы то ни было искъ можетъ приводить къ непосредственной отмѣнѣ административнаго распоряженія, имѣющей силу erga omnes? Возможно, что rec. p. e. d. p. представляетъ нѣкоторыя практическія выгоды. Но эти выгоды куплены слишкомъ дорогой цѣной. Нельзя забывать, что это плодъ системы justice retenue, что эти выгоды крайнія выраженія того смѣшенія административныхъ и судебныхъ функцій, которое является основнымъ недостаткомъ всей системы французской административной юстиціи. Единственная теоретически-правильная система, вполнѣ охраняющая публичныя права гражданъ, не нарушая независимости администраціи — бельгійская — ничего подобнаго не знаетъ. Всѣ споры о субъективномъ правѣ должны подлежать общимъ судамъ; и среди нихъ этому гибридному образованію не должно быть мѣста[1]).

Теорія объективной юрисдикціи, принадлежащая оригинальному уму Дюги (хотя нѣкоторые элементы ея взяты имъ изъ германской литературы) и развитая далѣе Жезомъ, указываетъ на то, что rec. p. e. d. p. не есть единичное явленіе. Такой же характеръ носитъ вся уголовная юстиція, нѣкоторыя дѣла гражданскія (какъ-то о разводѣ), наконецъ, изъ области такъ назыв. cont. de pl. jur. дѣла объ отмѣнѣ выборовъ[2]). Во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣло идетъ не объ осуществленіи субъективнаго права, а о возстановленіи дѣйствія объективнаго закона. Rec. p. e. d. p. уже потому не можетъ быть средствомъ защиты субъективныхъ правъ, что онъ вообще ни въ какомъ случаѣ не приводитъ къ осуществленію какого-либо частнаго интереса, а единственно и исключительно къ отмѣнѣ незаконнаго акта. Здѣсь нѣтъ спора между сторонами, поэтому здѣсь нѣтъ и отвѣтчика. Частное лицо, какъ будто играющее роль истца, на самомъ дѣлѣ выполняетъ функцію прокурорскаго надзора (ministère public), возбуждающаго дѣло о возстановленіи дѣйствія нарушенной объективной нормы, какъ таковой. Такимъ образомъ,

---

[1]) Сочиненіе Жакелена проникнуто высокой правовой идеей. Но его преклоненіе передъ бельгійской системой основано на недостаточномъ знакомствѣ съ тѣмъ, что скрывается подъ прикрывающими ее громкими фразами. Мы увидимъ, чего стоитъ эта система съ точки зрѣнія исковой охраны правъ гражданъ и въ теоретическомъ и въ практическомъ отношеніи и какъ отзываются о ней прогрессивно-настроенные бельгійскіе авторы. Мнѣнія объ іерархическомъ характерѣ rec. p. e. d. p. придерживается и Бертелеми (Traité elementaire de droit administratif, p. 885). Но возврѣній этого автора можно не принимать въ расчетъ, такъ какъ онъ еще придерживается старой, въ настоящее время всѣми оставленной теоріи раздѣленія властей, разсматривающей вообще разрѣшеніе спорныхъ административныхъ дѣлъ, какъ функцію и объективно административную.

[2]) Duguit, L'état, le droit objectif et la loi positive, p. 420. L'état, Les gouvernants et les agents, p. 132. Jèze, Les principes généraux du droit administratif, «Revue générale d'administration», 1903, III, p. 133.

Digitized by Google

то обстоятельство, что rec. p. e. d. p. приводитъ только къ отмѣнѣ незаконнаго распоряженія, и при томъ съ абсолютной силой, и ни къ чему больше, вытекаетъ изъ самой его природы, изъ самой сущности объективной юрисдикціи[1]). Теоретически это, конечно, не судебная, «юрисдикціонная», а административная функція, такъ какъ юрисдикціонная функція въ матеріальномъ смыслѣ состоитъ въ констатированіи субъективнаго правоотношенія, уже существующаго и въ принятіи мѣръ къ осуществленію его послѣдствій, а здѣсь налицо актъ, изъ котораго вытекаютъ совершенно новыя субъективныя послѣдствія, т.-е. актъ административный. Въ частности, относительно rec. p. e. d. p. не можетъ быть никакихъ сомнѣній, что это іерархическая жалоба, разсматриваемая въ судебныхъ формахъ («recours hiérarchique juridictionnalisé»). Это неопровержимо доказывается всей его исторіей. Но и въ другихъ областяхъ мы наблюдаемъ ту же эволюцію: такова же исторія уголовной юстиціи, обжалованіе выборовъ и т. д.[2]). Эта объективная юрисдикція вообще есть созданіе новѣйшаго времени; ея развитіе и даже вытѣсненіе ею юрисдикціи субъективной стоитъ въ связи съ развивающимся коллективизмомъ современнаго общества[3]).

«Эволюціонная» точка зрѣнія, защищающая вмѣстѣ съ тѣмъ всѣ особенности существующаго положенія вещей, какъ вытекающія изъ нѣкотораго абстрактнаго понятія, представляется уже, какъ таковая, весьма подозрительной. Но, далѣе, весьма сомнительно, правильно ли эта теорія улавливаетъ направленіе той эволюціи, о которой она говоритъ. Неужели можно утверждать, что при замѣнѣ инквизиціоннаго процесса состязательнымъ измѣнилась только форма, а не самая сущность уголовной юстиціи, что эта дѣятельность государства, бывшая въ свое время дѣйствительно «объективной», безличной административной операціей, не стала въ настоящее время, въ значительной мѣрѣ если и не вполнѣ, настоящимъ споромъ о правѣ между сторонами, государствомъ и обвиняемымъ? Не подлежитъ также сомнѣнію, что вся административная юстиція, вездѣ и повсюду, выработалась изъ административнаго обжалованія. Но, вѣдь, въ томъ-то и вопросъ, не происходитъ ли

---

[1]) Duguit, Gouv. et ag., p. 532—541. Jèze, o. c. «Revue d'administr.», 1903, III, p. 274—280. Duguit, Droit obj., p. 578—581.

[2]) Duguit, Droit obj., p. 416, 420. Jèze, o. c., «Revue d'adm.», 1903, III, p. 132—133. Такова эта теорія «въ первомъ изданіи». Впослѣдствіи («Конституціонное право», русск. пер., стран. 322—330, 338—355) Дюги признаетъ «объективную юрисдикцію» функціей и въ матеріальномъ смыслѣ юрисдикціонной.

[3]) Близкое воззрѣніе у Hauriou, Précis de droit administratif, pp. 229, 287, 290. См. также Tournyol du Clos, Essai sur le recours pour excès de pouvoir, Thèse, Bordeaux, 1905.

Digitized by Google

здѣсь вмѣстѣ съ измѣненіемъ формальнымъ и благодаря ему перемѣна и по существу, въ направленіи къ судебному иску, и не объясняются ли внутренне-противорѣчивыя свойства административно-судебныхъ генеральныхъ жалобъ и прежде всего французскаго rec. p. e. d. p. именно тѣмъ, что онѣ находятся на промежуточной стадіи этой эволюціи?

Съ этой точки зрѣнія нельзя не признать, что такъ назыв. «субъективное направленіе» значительно глубже проникло въ сущность вопроса. Уже въ 1899 году Бартелеми[1]) выставилъ теорію о томъ, что rec. p. e. d. p. есть не что иное, какъ искъ о возстановленіи субъективныхъ публичныхъ правъ. По его мнѣнію самое существованіе иска, защищающаго извѣстный интересъ, eo ipso доказываетъ наличность субъективнаго права, — охраненный искомъ интересъ и есть право. Разъ существуетъ обжалованіе въ административно-судебномъ порядкѣ, на основаніи incompétence и vice de forme, то изъ этого непосредственно слѣдуетъ, что за гражданами признается право на соблюденіе установленныхъ правилъ о компетенціи и установленныхъ формъ и обрядовъ въ административныхъ распоряженіяхъ, касающихся ихъ интересовъ. Возражая противъ этой теоріи, Дюги находитъ, что она покоится на circulus vitiosus: для того, чтобы доказать, что охраняемый rec. p. e. d. p. интересъ есть субъективное право, на томъ основаніи, что охраненный искомъ интересъ есть право, нужно раньше доказать, что rec. p. e. d. p. есть дѣйствительно искъ, охраняющій данный интересъ, какъ таковой. Между тѣмъ этого какъ разъ нѣтъ, такъ какъ rec. p. e. d. p. вовсе не приводитъ къ возстановленію нарушеннаго интереса, а только къ отмѣнѣ административнаго акта[2]). Но этотъ недостатокъ теоріи Бартелеми былъ косвенно восполненъ вызвавшей большой шумъ работой Л. Мари[3]). Цѣнность этой работы состоитъ въ томъ, что Мари дѣйствительно сталъ на ту эволюціонную точку зрѣнія, о которой Дюги только говоритъ. По мнѣнію Мари, всѣ особенности rec. p. e. d. p. въ сравненіи съ rec. ordinaire объясняются тѣмъ, что это образованіе позднѣйшее: это тоже искъ, но искъ недоразвитый. Rec. p. e. d. p. несомнѣнно былъ въ свое время іерархической жалобой. Вся эволюція его состоитъ въ приданіи ему искового характера: онъ сталъ обжалованіемъ по правовымъ основаніямъ, передъ административнымъ судомъ, въ судебномъ порядкѣ. Дѣло въ томъ, что rec. ordinaire не покрывалъ всей области администра-

[1]) Barthélemy, Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés, Thèse, Toulouse, 1899.
[2]) Droit obj., p. 578—581.
[3]) Marie, L'avenir du recours pour excès de pouvoir («Revue du droit public», 1901, t. II).

Digitized by Google

тивныхъ правонарушеній, не являлся адэкватнымъ средствомъ защиты правъ гражданъ противъ незакономѣрныхъ дѣйствій администраціи; развитіе rec. p. e. d. p. заполнило этотъ пробѣлъ. Но отъ первоначальнаго происхожденія этого иска и его отдѣльнаго развитія до настоящаго времени сохранились свойства, противорѣчащія его исковому характеру и именно потому отличающія его отъ обыкновеннаго иска и дѣлающія его недостаточнымъ во многихъ случаяхъ средствомъ для защиты правъ гражданъ[1]). Особенныя свойства rec. p. e. d. p. парализуютъ осуществленіе той самой идеи исковой защиты правъ, которая вызвала все его развитіе. Необходимо, — и эта цѣль поставлена самой исторіей, — стремиться къ полному сліянію rec. p. e. d. p. съ обыкновеннымъ искомъ, къ полному объединенію административной юстиціи. При этомъ придется пожертвовать силой приговора erga omnes, но вовсе не теоріей détournement du pouvoir. Это послѣднее понятіе является вполнѣ логичнымъ и правильнымъ выводомъ изъ понятія правонарушенія. Законъ предоставляетъ административнымъ органамъ дѣлать извѣстныя распоряженія, но подъ непремѣннымъ условіемъ свободы ихъ воли отъ постороннихъ мотивовъ. Если администраторъ руководствовался не общественнымъ интересомъ, а частными мотивами, то эта его свобода воли является нарушенной («volonté viciée»), и распоряженіе является eo ipso незаконнымъ.

При всемъ томъ, Мари не коснулся основного явленія rec. p. e. d. p., вызывающаго сомнѣніе въ его природѣ (и на которомъ остановился Бартелеми), — того, что отъ жалобщика не требуется наличности субъективнаго права и достаточно простого интереса. На этомъ-то остановился Артюръ[2]), прямо отрицающій это обстоятельство. На основаніи цѣлой массы старыхъ и новыхъ рѣшеній, онъ доказываетъ, что rec. p. e. d. p. всегда защищаетъ субъективное право. Въ самомъ дѣлѣ, изъ приводимыхъ имъ случаевъ получается совершенно опредѣленная картина. При обжалованіи по incompétence и vice de forme, истецъ жалуется на нарушеніе его субъективнаго права (права собственности, права личной свободы, права безпрепятственнаго отправленія торговли и промысловъ, и т. д.). Другимъ органомъ или въ другой формѣ могло бы быть законно издано стѣсняющее его распоряженіе, — оно значитъ и не нарушило бы его права, но даннымъ органомъ или въ данной формѣ такого распоряженія не могло быть издано, а слѣдовательно оно нарушило не какое-то особое право на соблюденіе компетенціи или

[1]) Ibid., p. 294, 485—495.
[2]) Artur, Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions, «Revue du droit public», 1903, II, p. 415—502.

Digitized by Google

формы, а опредѣленное матеріальное право гражданина. Такимъ образомъ нѣтъ никакой принципіальной разницы между обжалованіемъ по первымъ двумъ пунктамъ и обжалованіемъ по третьему (droits acquis)[1]). Относительно же détournement du pouvoir Артюръ находитъ, что самое выдѣленіе его, какъ особаго понятія, рядомъ съ violation de la loi основано на простомъ недоразумѣніи. Ошибка думать, что если администрація можетъ издавать извѣстныя распоряженія съ извѣстной цѣлью, то распоряженіе съ тѣмъ же содержаніемъ, но съ другой цѣлью, будетъ тоже законнымъ или чѣмъ-то среднимъ, оно просто незаконно — такого распоряженія администрація совсѣмъ не могла издавать, а слѣдовательно, оно является не нарушеніемъ метафизической цѣли закона, а нарушеніемъ самаго закона, нарушеніемъ принадлежащихъ гражданамъ матеріальныхъ правъ, осуществленіе которыхъ администрація можетъ стѣснять лишь въ опредѣленныхъ случаяхъ и съ опредѣленной цѣлью. Такимъ образомъ то, что называется détournement du pouvoir, есть не что иное, какъ видъ violation de la loi, или вѣрнѣе, нѣкоторые случаи это послѣдней категоріи, разсматриваемые съ особой точки зрѣнія, именно съ той, что возможенъ былъ бы при другихъ условіяхъ вполнѣ законный актъ, внѣшнимъ образомъ подобный тому незаконному акту, о которомъ идетъ рѣчь[2]). Мало того, Артюръ отрицаетъ и не возбуждавшее до него сомнѣній воззрѣніе на историческое развитіе гес. р. е. d. р. Несомнѣнно, что гес. р. е. d. р. не могъ бы создаться, если бы не существовало смѣшенія административныхъ и административно-судебныхъ функцій въ рукахъ главы государства. Но онъ не могъ бы создаться и если бы не существовало различнаго порядка разсмотрѣнія въ государственномъ совѣтѣ для чисто-административныхъ и судебно-административныхъ дѣлъ. Бла-

---

[1]) Ibid., p. 431—445.

[2]) Ibid., p. 455—462. Hauriou, Les éléments du contentieux, p. 36, и Дюги, Конституціонное право, русск. перев., стран. 326, возражаютъ противъ теоріи Артюра указаніемъ, что нельзя доказать индуктивнымъ путемъ, что гес. р. е. d. р. защищаетъ субъективное право, а не простой интересъ. Изъ приведенія многихъ рѣшеній можно лишь сдѣлать тотъ выводъ, что нарушенный интересъ жалобщика въ приведенныхъ случаяхъ составляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ его субъективное право; но пока возможенъ хоть одинъ случай, въ которомъ такого совпаденія не будетъ налицо, тезисъ Артюра не является доказаннымъ. Это, конечно, правильно. Намъ кажется, однако, что Артюръ самъ себѣ не уяснилъ той основной мысли, изъ которой онъ исходитъ на самомъ дѣлѣ. Это основное положеніе выводится вовсе не индуктивнымъ путемъ, — и только иллюстраціей его можетъ служить приводимая Артюромъ практика. Оно состоитъ въ томъ, что свобода гражданъ отъ принудительнаго вмѣшательства власти, внѣ случаевъ, указанныхъ закономъ, носитъ сама по себѣ субъективно-правовой характеръ, а потому является всегда субъективнымъ правомъ. (Въ установленіи этого положенія состоитъ, какъ извѣстно, одна изъ величайшихъ заслугъ Еллинека.)

Digitized by Google

годаря этому жалобы на нарушеніе права могли отдѣлиться отъ остальныхъ и приблизиться къ существовавшему уже обыкновенному административному иску. Когда данное правонарушеніе не могло быть устранено путемъ этого обыкновеннаго иска, тогда государственный совѣтъ, разсмотрѣвъ дѣло въ административно-судебномъ порядкѣ, затѣмъ прибѣгалъ къ общему праву главы государства, отмѣнять распоряженія административныхъ органовъ. Rec. p. e. d. p. съ самаго начала былъ единой жалобой на нарушеніе правъ. Совершенно невѣрно, будто бы понятіе excès de pouvoir было въ позднѣйшее время искусственно распространено на случаи нарушенія матеріальнаго закона. Въ рѣшеніяхъ государственнаго совѣта временъ консульства, имперіи и реставраціи уже встрѣчаются всѣ четыре извѣстные въ настоящее время виды нарушенія, и во всѣхъ четырехъ случаяхъ государственный совѣтъ иногда употребляетъ, иногда не употребляетъ формулу excès de pouvoir. Не сліяніе, а наоборотъ раздвоеніе rec. p. e. d. p. было искусственно создано позднѣйшей практикой. Послѣ введенія судебныхъ реформъ въ 1830 году государственный совѣтъ въ поискахъ законной ссылки для оправданія своихъ дѣйствій, «притянулъ за волосы» для incompétence и vice de forme, не имѣющій сюда никакого отношенія законъ 7—14 октября 1790 года, а въ случаяхъ нарушенія матеріальнаго закона продолжалъ преспокойно ссылаться на данный нарушенный законъ. Это-то раздвоеніе сбило съ толку и теорію и законодателя, который при упрощеніи формъ для rec. p. e. d. p. въ законѣ 2 ноября 1864 года, говоритъ о жалобахъ, основанныхъ на законѣ 7—14 октября 1790 года. Для обхода этого закона, государственый совѣтъ снова прибѣгъ къ тому же невинному подлогу и сталъ ссылаться въ своихъ рѣшеніяхъ по жалобамъ на violation de la loi тоже на законъ 7—14 октября, не имѣвшій на самомъ дѣлѣ отношенія ни къ той, ни къ другой категоріи жалобъ. По существу же такимъ путемъ было совершенно правильно возстановлено первоначальное и вытекающее изъ самаго существа дѣла единство rec. p. e. d. p.[1]).

Намъ представляется необходимымъ, именно съ эволюціонной точки зрѣнія, различеніе тѣхъ особенныхъ свойствъ rec. p. e. d. p., которыми право обжалованія и компетенція административнаго суда расширяется за предѣлы традиціоннаго понятія административнаго иска отъ тѣхъ особенностей, которыми эти предѣлы сужи-

---

[1]) Artur, o. c. «Revue du droit public», 1903, II, p. 423—426. Безусловно административнымъ элементомъ rec. p. e. d. p. Артюръ признаетъ только абсолютную силу рѣшенія, которую онъ, впрочемъ, защищаетъ по практическимъ соображеніямъ.

Digitized by Google

ваются. Объективная теорія смѣшиваетъ здѣсь все въ одну кучу, субъективная теорія проводитъ различіе, — и въ этомъ, намъ кажется, ея несомнѣнное преимущество. И первая категорія особенностей, надо думать, исторически объясняется въ значительной мѣрѣ первоначальнымъ административнымъ характеромъ rec. p. e. d. p. Не говоря уже о теоріи субъективныхъ публичныхъ правъ Бартелеми, представляющей изъ себя концепцію, для усвоенія которой необходимъ такой высокій уровень правового развитія, какого несомнѣнно не было во времена первоначальнаго развитія rec. p. e. d. p., — даже съ точки зрѣнія исторической теоріи Артюра едва ли можно отрицать, что не только государственный совѣтъ воспользовался чисто-административными полномочіями главы государства для присвоенія себѣ права отмѣнять акты публичной власти, но что этотъ же административный характеръ постановленія объ отмѣнѣ позволилъ ему расширить основанія обжалованія за предѣлы традиціоннаго понятія иска. Но совсѣмъ другой вопросъ, какъ слѣдуетъ смотрѣть съ теоретико-правовой точки зрѣнія на эти особенности rec.p.e.d.p. настоящаго времени, въ ихъ современномъ, уже выработанномъ видѣ. Оставляя лишь въ сторонѣ абсолютную силу рѣшенія, аномальный характеръ которой съ исковой точки зрѣнія ни въ комъ, повидимому, не возбуждаетъ сомнѣній, всѣ остальныя особенности этого рода — понятія incompétence и vice de forme и въ особенности détournement du pouvoir, — суть несомнѣнно не что иное, какъ расширеніе понятія административнаго правонарушенія, какъ основанія административно-судебнаго обжалованія, расширеніе, опредѣляемое строго юридическими основаніями, открывающее возможность распространенія административно-судебной жалобы на цѣлый рядъ несомнѣнныхъ нарушеній закона. Если принять во вниманіе, что устраненіе этихъ нарушеній признается правомъ частнаго лица, заявляющаго требованіе объ этомъ, и отказъ ему въ этомъ является отказомъ въ правосудіи, то едва ли намъ, кажется, можно сомнѣваться, что за гражданиномъ признается право на то, чтобы такихъ нарушеній не совершалось, что дѣло идетъ по существу о расширеніи исковой защиты субъективныхъ публичныхъ правъ, — согласиться ли съ мнѣніемъ Бартелеми, что этимъ искомъ именно и созданы новыя субъективныя права, что соблюденіе извѣстныхъ нормъ стало именно благодаря ему правомъ частныхъ лицъ, или съ мнѣніемъ Артюра, что это лишь логически-правильное расширеніе способовъ защиты правъ, независимо отсюда существующихъ. Общее, далеко выходящее за предѣлы французскаго права, значеніе rec. p. e. d. p., указующее путь развитія для административной

Digitized by Google

юстиціи всѣхъ культурныхъ націй, состоитъ не только въ томъ, что это самая широкая изъ всѣхъ нынѣ извѣстныхъ административно-судебныхъ жалобъ, въ матеріальномъ отношеніи, съ точки зрѣнія защищаемыхъ ею правъ, но и въ строго-логичномъ расширеніи самаго понятія административнаго правонарушенія, какъ основанія административнаго иска. Вся трудность здѣсь въ томъ, что отдѣльныя стороны этого иска развивались непропорціонально, что, рядомъ съ высокой структурой въ однихъ отношеніяхъ, онъ недоразвитъ въ другихъ. Чрезвычайно широкій по своимъ основаніямъ, онъ мало интенсивенъ по своимъ послѣдствіямъ. Этимъ и воспользовался, какъ мы видѣли, Дюги. Но въ ограниченіи послѣдствій удовлетворенія иска отмѣной нарушившаго право распоряженія (правильно ли или нѣтъ предсказаніе Мари, что это ограниченіе со временемъ исчезнетъ)[1]), все-таки нельзя видѣть противорѣчія исковой природѣ этой жалобы. Во многихъ случаяхъ несомнѣнно эта отмѣна является вполнѣ достаточнымъ средствомъ возстановленія нарушеннаго права; въ другихъ случаяхъ можно только сказать, что принимаются не всѣ мѣры для возстановленія права.

Совмѣстное дѣйствіе обоихъ видовъ французскаго административнаго иска приводитъ къ тому, что всякій административный актъ отъ какого бы органа онъ ни исходилъ, подлежитъ судебно-административному обжалованію. Значеніе этого принципа умѣряется тѣмъ обстоятельствомъ, что не всѣ акты исполнительной власти признаются во Франціи актами административными. Категоріи административныхъ актовъ противополагается категорія актовъ «правительственныхъ» (actes de gouvernement) или «политическихъ», не подлежащихъ абсолютно никакой судебной провѣркѣ, ни общаго, ни административнаго суда. Въ свое время это понятіе сыграло очень большую и очень печальную роль. Дѣло въ томъ, что старая доктрина считала правительственнымъ актомъ всякій актъ высшей исполнительной власти, вызванный политическими мотивами (inspiré par un mobile politique). На этомъ основаніи абсолютнымъ иммунитетомъ пользовались мѣры, вовсе не основанныя ни на какомъ законѣ, если онѣ принимались правительствомъ, съ цѣлью охраны государственной безопасности (sureté de l'état) и общественнаго порядка (ordre public). Это былъ настоящій «палладіумъ произвола». Достаточно напомнить пару наиболѣе яркихъ

---

[1]) Какъ, въ настоящее время, повидимому, уже исчезло ограниченіе компетенціи государственнаго совѣта въ этомъ порядкѣ разсмотрѣніемъ вопросовъ о примѣненіи закона (см. выше).

Digitized by Google

случаевъ. 22 января 1852 года особымъ декретомъ были конфискованы имущества Орлеанской фамиліи, подаренныя въ 1830 году Луи-Филиппомъ своимъ дѣтямъ. Потерпѣвшіе предъявили искъ о возвратѣ недвижимости въ гражданскій судъ. Правительство возбудило прекапіе, и государственный совѣтъ призналъ, что «декретъ 22 января 1852 года есть актъ политическій и правительственный и его исполненіе и результаты не подлежатъ разсмотрѣнію судебной власти»[1]). Еще интереснѣе другое рѣшеніе, устанавливающее некомпетентность въ такихъ случаяхъ не только общаго, но и административнаго суда. Въ 1867 году префектъ полиціи, по распоряженію министра внутреннихъ дѣлъ, наложилъ арестъ на книгу: «Исторія принцевъ Конде». Герцогъ Омальскій и издатель Мишель Леви обжаловали это постановленіе въ государственный совѣтъ въ порядкѣ recours pour excès de pouvoir. Государственный совѣтъ оставилъ жалобу безъ разсмотрѣнія на томъ основаніи, что «сіи мѣры суть акты политическіе и не подлежатъ обжалованію въ нашъ государственный совѣтъ, въ порядкѣ recours pour excès de pouvoir»[2]).

Съ конца 80-хъ годовъ, практика и доктрина сильно подрѣзали крылья привилегіи actes de gouvernement. Въ настоящее время признается, что это понятіе опредѣляется не политической цѣлью, а объективно-политическимъ характеромъ даннаго акта[3]). Что означаетъ слово «политическій» въ этомъ смыслѣ, вызываетъ большія сомнѣнія. Внѣ спора находятся только акты главы государства, относящіяся къ праву конституціонному (промульгація законовъ, отношенія съ народнымъ представительствомъ). Практика относитъ сюда еще нѣкоторые акты верховнаго управленія, какъ-то мѣры, принимаемыя правительствомъ во исполненіе международныхъ до-

---

[1]) Laferrière, II, p. 38.
[2]) Ibid., II, p. 39.
[3]) Прецедентъ установленъ здѣсь двумя рѣшеніями 20 мая 1887 года, какъ разъ по тѣмъ дѣламъ о членахъ павшихъ династій, которыя при прежнихъ режимахъ считались святая святыхъ высшей политики. Въ этотъ день, памятный не только въ исторіи французскаго административнаго суда, но вообще въ исторіи Франціи, какъ правового государства, государственный совѣтъ въ порядкѣ гес. р. е. d. р. разсмотрѣлъ распоряженія военнаго министра объ исключеніи принцевъ фамилій Орлеанской и Мюра изъ списковъ арміи, распоряженія, которымъ былъ приданъ сугубо «политическій» характеръ одобрительной формулой перехода къ порядку дня палаты депутатовъ. Отвергнувъ отводъ министра о политическомъ характерѣ этихъ актовъ, государственный совѣтъ вошелъ въ разсмотрѣніе ихъ по существу и отмѣнилъ одно изъ нихъ. Еще раньше, 2 апрѣля 1886 года, государственный совѣтъ отмѣнилъ распоряженіе префекта Шаранты, воспретившаго расклейку въ предѣлахъ департамента вызвавшаго большія опасенія манифеста принца Жерома-Наполеона. Третья республика впервые сумѣла стать на почву права даже по отношенію къ своимъ явнымъ и смертельнымъ врагамъ, и она-то оказалась первымъ прочнымъ режимомъ.

Digitized by Google

говоровъ, объявленіе осаднаго положенія[1]) и нѣкоторые другіе[2]). Но все это акты, предусмотрѣнные какимъ-либо закономъ или международнымъ договоромъ, хотя толкованіе этого закона и установленіе дѣйствительной наличности условій его примѣненія опредѣляется безконтрольнымъ усмотрѣніемъ правительства. Но съ точки зрѣнія новой практики невозможно прикрытіе привилегіей actes de gouvernement мѣръ абсолютно-произвольныхъ, т.-е. тѣхъ именно, для которыхъ это понятіе было въ свое время изобрѣтено.

И на достоинствахъ и на недостаткахъ французской системы лежитъ явственная печать ея происхожденія. Это система, созданная на девять-десятыхъ практикой, и при томъ практикой, работавшей въ своеобразныхъ условіяхъ. Полная зависимость состава административныхъ судовъ отъ правительства, право высшаго и окончательнаго рѣшенія, принадлежавшее главѣ государства, достаточно обезпечивали интересы правительства въ частныхъ случаяхъ, непосредственно эти интересы затрагивавшихъ. Но именно поэтому оно не обращало особаго вниманія на постоянную, непрерывно продолжавшуюся черезъ всѣ смѣнявшіеся режимы работу приспособленія и медленнаго преобразованія стараго юридическаго матеріала на массѣ незамѣтныхъ, лишенныхъ непосредственнаго политическаго значенія случаяхъ, работу, въ которой полусознательно дѣйствовала историческая тенденція къ расширенію средствъ правоохраны до ихъ логическихъ предѣловъ. Эта же тенденція проявлялась и въ литературѣ при принципіальной конструкціи судебныхъ рѣшеній, и выведеніи изъ нихъ дальнѣйшихъ послѣдствій. Въ результатѣ Наполеоновскія начала административнаго строя замѣнились порядкомъ, въ которомъ фактически почти проведенъ, — теперь уже отчасти и сознанный, — принципъ «ubi ius, ibi remedium». Но этимъ же объясняются недостатки французской системы: ея крайній эмпиризмъ, случайность и несогласованность ея отдѣльныхъ элементовъ, — дѣленіе административныхъ исковъ на два вида, безъ всякаго въ настоящее время раціональнаго основанія, безъ всякаго разумнаго критерія различенія между областями ихъ примѣненія; странный, двойственный характеръ recours pour excès de pouvoir; исключенія и ограниченія совершенно случайнаго характера, какъ неполнота возстановленія права въ по-

[1]) Это право вообще принадлежитъ исполнительной власти только въ исключительномъ случаѣ, — при иностранной войнѣ, во время роспуска палаты депутатовъ. Только законность самаго объявленія военнаго положенія не подлежитъ контролю административнаго суда; напротивъ, мѣры военныхъ властей, принимаемыя на основаніи этого положенія, въ случаѣ несоотвѣтствія ихъ съ существующимъ на этотъ предметъ закономъ, подлежатъ обжалованію на общемъ основаніи. Ibid., II, p. 36—37.

[2]) См. ibid., II, p. 41 ss.

Digitized by Google

рядкѣ rec. p. e. d. p., — или почти потерявшія въ настоящее время свое прежнее весьма реальное основаніе, какъ теорія actes de gouvernement. Но главный недостатокъ французской административной юстиціи (хотя это и выходитъ за предѣлы нашей темы) заключается все-таки въ ея организаціи, въ до сихъ поръ еще существующей зависимости состава административныхъ судовъ и недостаточномъ отдѣленіи въ организаціонномъ отношеніи административной юстиціи отъ чистой администраціи. Неудивительно, что при крушеніи старо-французской теоріи раздѣленія властей взоры французовъ направляются на родственную по языку и культурѣ Бельгію, гдѣ существуетъ система судебнаго контроля надъ администраціей, построенная на діаметрально-противоположныхъ основаніяхъ и, на первый взглядъ, проводящая съ безусловною послѣдовательностью и стройностью опредѣленные правовые принципы[1]).

III.

Сущность бельгійской системы состоитъ, какъ извѣстно, въ полномъ отсутствіи особой административной юстиціи и принципіальной передачѣ разрѣшенія всѣхъ споровъ о правѣ, а слѣдовательно, и судебнаго контроля надъ дѣйствіями администраціи, въ руки единой судебной власти[2]). На основаніи ст. 92 и 93 бельгійской конституціи, какъ споры о гражданскихъ, такъ и споры о политическихъ правахъ подсудны общимъ судамъ. Различіе между этими двумя категоріями заключается лишь въ томъ, что относительно второй категоріи парламентъ имѣетъ право устанавливать исключенія, въ порядкѣ обычнаго законодательства (право, которымъ бельгійское законодательство дѣйствительно воспользовалось въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ-то: относительно дѣлъ о публичной отчетности, дѣлъ о выборахъ, дѣлъ о прямыхъ налогахъ и нѣк. др.)[3]). Судъ разсматриваетъ иски о правѣ публичномъ, разрѣшая всѣ вопросы факта и права на общемъ основаніи и постановляя приговоръ о возстановленіи нарушеннаго права. Такимъ образомъ, бельгійская система опредѣленно и сознательно исходитъ изъ цивилистическаго принципа исковой защиты всякаго субъективнаго права, и здѣсь, наконецъ, мы какъ-будто имѣемъ систему исковой защиты субъективныхъ публичныхъ правъ, построенную на послѣдовательно проведенныхъ, вполнѣ принципіальныхъ основаніяхъ. Но такъ дѣло представляется только

---

[1]) Jaquelin, Principes dominants, p. 39—42.

[2]) Этой системы, кромѣ самой Бельгіи, придерживаются Голландія, Греція и Скандинавскія государства.

[3]) См. Giron, Droit administratif de la Belgique, 1885, I, p. 214—221.

Digitized by Google

на первый взглядъ. Если вышеразсмотрѣнныя системы административной юстиціи можно упрекнуть въ невниманіи къ выработаннымъ гражданскимъ правомъ принципамъ исковой защиты правъ, то бельгійская система грѣшитъ неправильнымъ примѣненіемъ этихъ принциповъ, — можно сказать подражаніемъ ихъ буквѣ, а не духу. Для дѣйствительнаго осуществленія полнаго судебнаго возстановленія нарушенныхъ правъ въ административномъ правѣ нужны нѣкоторыя спеціальныя средства, неизвѣстныя праву гражданскому, просто потому, что между ними существуетъ различіе по существу. Такъ, при незаконныхъ принудительныхъ распоряженіяхъ, подлежащихъ исполненію средствами администраціи, для пресѣченія предполагаемаго или происходящаго правонарушенія прежде всего необходимо, чтобы администрація прекратила свою незаконную дѣятельность. Логическимъ средствомъ исковой защиты нарушаемаго права здѣсь долженъ явиться искъ о прекращеніи незаконныхъ дѣйствій администраціи, и приговоръ по такому иску долженъ бы выразиться въ прямомъ запрещеніи по адресу администраціи. Наоборотъ, если гражданину принадлежитъ право на совершеніе извѣстнымъ органомъ какого-либо положительнаго акта, то единственнымъ средствомъ судебнаго осуществленія этого права явился бы искъ объ исполненіи административнымъ органомъ своей обязанности и приговоръ выразился бы въ прямомъ приказѣ суда данному органу. Весьма вѣроятно, что судебная практика сама выработала бы подлежащія средства, — такъ какъ, какъ увидимъ, такіе случаи представлялись, такія требованія заявлялись и отказъ въ нихъ былъ по существу отказомъ въ правосудіи, — если бы на пути ея не стоялъ противоположный принципъ. «Ст. 92, 93 и 107 конституціи», говоритъ Жиронъ[1]), «весьма точнымъ и весьма дѣйствительнымъ образомъ обезпечиваютъ независимость судовъ по отношенію къ администраціи. Слѣдуетъ согласовать ихъ съ другимъ не менѣе важнымъ принципомъ, съ независимостью администраціи по отношенію къ судамъ. Принципъ этотъ формулированъ французскимъ Національнымъ Собраніемъ въ слѣдующихъ выраженіяхъ: «Судебныя функціи отличаются и навсегда отдѣляются отъ функцій административныхъ. Судьи не могутъ подъ страхомъ потери должности мѣшать какимъ бы то ни было образомъ дѣйствіямъ административныхъ учрежденій». Этотъ же принципъ признанъ и санкціонированъ ст. 237 угол. улож. Необходимо признать, что онъ входитъ въ наше публичное право». Комбинируя вышеуказанные принципы, практика и юриспруденція пришли

[1]) Ibid., I, p. 231.

Digitized by Google

къ слѣдующимъ выводамъ: Если въ дѣлѣ, разбираемомъ въ судебномъ учрежденіи, возникаетъ вопросъ о примѣненіи къ этому дѣлу административнаго акта, судъ суверенно разсматриваетъ правомѣрность акта, и если окажется, что актъ не основанъ на законѣ, судъ признаетъ его недѣйствительнымъ и разрѣшаетъ дѣло такъ, какъ если бы этого не существовало[1]). Съ другой стороны, судъ не можетъ ни отмѣнять, ни измѣнять административныхъ актовъ, ни объявлять ихъ de plano незаконными, ни воспрещать администраціи совершать дѣйствія, признаваемыя судомъ незаконными[2]), ни предписывать ей исполнить ту или иную законную ея обязанность[3]). Нельзя не признать, что эта система подкупаетъ своей стройностью и кажущимся равновѣсіемъ, которое она устанавливаетъ между судебными и административными властями: при полнотѣ функцій въ области всего правосудія въ матеріальномъ смыслѣ судъ лишенъ возможности вмѣшиваться въ область чистой администраціи. По мнѣнію нѣкоторыхъ, не только бельгійцевъ, это и есть надлежащее раздѣленіе властей, золотая средина между англійскимъ «смѣшеніемъ въ пользу суда» и французскимъ «смѣшеніемъ въ пользу администраціи»[4]). Но дѣло въ томъ, что это равновѣсіе только кажущееся. Бельгія заимствовала принципъ французскаго права, но во Франціи этотъ принципъ есть часть системы, вовсе устраняющей общіе суды отъ разсмотрѣнія административныхъ актовъ. Поэтому послѣдствія его во Франціи и въ Бельгіи были совершенно различны. Во Франціи вмѣсто совершенно устраненныхъ общихъ судовъ развилась административная юстиція, которой этотъ принципъ не касался; развился recours pour excès de pouvoir, который является полнымъ его отрицаніемъ. Въ Бельгіи остались общіе суды, но съ до-нельзя ограниченными полномочіями. Благодаря воспрещенію какого бы то ни было вмѣшательства суда въ ходъ администраціи, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ право нарушается непосредственно какимъ-либо дѣйствіемъ или бездѣйствіемъ административнаго органа, судебное возстановленіе права оказывается невозможнымъ, и для потерпѣвшаго остается только косвенное средство удовлетворенія своихъ интересовъ, — предъявленіе иска объ убыткахъ къ виновнымъ въ правонарушеніи должностнымъ лицамъ[5]). Это положеніе дѣлъ

---

[1]) Ibid., I, p. 232.
[2]) Ibid., I, p. 233.
[3]) Ibid., I, p. 235.
[4]) Jaquelin, Principes dominants, p. 1—42. Artur, Séparation des pouvoirs, «Revue du droit public», 1902, I, p. 255; 1900, I, p. 243.
[5]) Giron, I, p. 249. Errera, Droit public Belge, 1909, p. 254. «A quoi se réduit donc le pouvoir du juge puis-qu'il ne peut ni annuler l'acte, ni même

Digitized by Google

прекрасно иллюстрируется слѣдующими фактами изъ практики. Въ 1845 году управленіе государственной полиціи (administration de la sureté publique) безъ малѣйшаго законнаго основанія распорядилось о задержаніи и высылкѣ нѣкоторой иностранки. Потерпѣвшая обратилась въ судъ съ требованіемъ объ объявленіи приказа объ арестѣ недѣйствительнымъ и воспрещеніи его исполненія. Принимая во вниманіе, что искъ, въ томъ видѣ, въ какомъ онъ предъявленъ, направленъ къ тому, чтобы судебная власть прямо воспретила управленію государственной полиціи исполнить приказъ, отданный имъ отъ имени министра юстиціи, Брюссельская судебная палата признала себя некомпетентной. Напротивъ, когда впослѣдствіи тѣмъ же лицомъ былъ предъявленъ къ управляющему государственной полиціей (administrateur de la sûreté publique) искъ объ убыткахъ, та же палата этотъ искъ удовлетворила [1]). Еще интереснѣе другой случай, ярко рисующій вмѣстѣ съ тѣмъ, къ чему можетъ привести бельгійская система на практикѣ. Въ 1856 году нѣкій Жакъ Кокюитъ былъ высланъ, въ качествѣ иностранца, королевскимъ указомъ изъ предѣловъ Бельгіи и отведенъ на голландскую территорію. Голландскія власти, признавая его бельгійцемъ, въ свою очередь отослали его обратно. Тогда его предали суду опять какъ иностранца, по обвиненію въ возвращеніи послѣ высылки. Гентскій судъ, признавъ его бельгійцемъ, оправдалъ его. Несмотря на этотъ приговоръ, его снова схватили и выслали изъ предѣловъ страны. «Это нарушеніе закона», говоритъ Жпронъ, «не могло быть предметомъ обращенія къ суду, такъ какъ суды не имѣютъ права оказывать прямое сопротивленіе административнымъ мѣропріятіямъ». Несмотря, однако, на всю благодѣтельность этого принцина, человѣкъ этотъ принужденъ былъ вести бродячую жизнь и скрываться въ лѣсахъ. Тріумфъ произвола надъ закономъ былъ полный и неизвѣстно, чѣмъ кончилось бы дѣло, если бы запросъ въ палатѣ представителей не заставилъ правительство отмѣнить незаконное распоряженіе [2]).

Конечно, такіе факты въ современной Бельгіи невозможны по причинамъ, не имѣющимъ ничего общаго съ той или иной организаціей судебнаго контроля. Но они бросаютъ яркій свѣтъ на недостатки бельгійской системы какъ таковой и эти недостатки, повидимому, до сихъ поръ даютъ себя чувствовать, хотя и не столь

---

dispenser de son application? Son pouvoir se borne à règler la situation juridique des parties, comme si cet acte n'existait pas et à allouer des dommages-intérêts à celui, dont le droit à été lésé par l'application de l'acte illégal. On aperçoit sans peine l'insuffisance de ce svstème».

[1]) Girion, I, p. 233.

[2]) Ibd., I, p. 235.

Digitized by Google

возмутительнымъ образомъ. По крайней мѣрѣ, ыыающійся современный бельгійскій юристъ указываетъ на неудовлетворительность этой системы, какъ по сравненію съ презираемой бельгійцами французской, такъ и по сравненію съ англійскимъ «господствомъ судебной власти». «Если (въ отличіе отъ Франціи)», говоритъ профессоръ Эррера, «правительство, къ счастью, почти никогда не въ состояніи прямо вліять на разрѣшеніе административныхъ споровъ, то зато, граждане часто лишены вовсе права иска, къ большому вреду какъ для прогресса административнаго права, такъ и для ихъ индивидуальныхъ интересовъ. Часто замѣчали, что въ Бельгіи область административнаго произвола тѣмъ болѣе широка, что она находитъ опредѣленныя границы только со стороны правосудія въ собственномъ смыслѣ»[1]). Съ другой стороны, указывая на недостаточность средствъ судебной защиты правъ, нарушаемыхъ исполненіемъ незаконныхъ административныхъ распоряженій, Эррера замѣчаетъ: «Не слѣдуетъ ли предпочесть приказы (injonctions) англо-американскаго права? Мы знаемъ, что они составляютъ вмѣшательство судьи въ область администраціи. Но насколько они болѣе дѣйствительны, нежели денежное удовлетвореніе, при которомъ нужно сначала дать вреду произойти, чтобы затѣмъ возмѣстить его потерпѣвшему!»[2]). Такимъ образомъ, уже сознается, что эта прославленная «раціональная» система, что эта «золотая средина» является на самомъ дѣлѣ непослѣдовательной, что отвергнувъ административную юстицію, какъ посягательство администраціи на область правосудія, она не сдѣлала всѣхъ логическихъ выводовъ изъ представленія защиты публичныхъ правъ общему суду. Но являются ли эти логическіе выводы дѣйствительно вмѣшательствомъ суда въ область чистой администраціи?[3]) Намъ кажется, что и это недоразумѣніе. Несомнѣнно, отмѣна административнаго акта есть сама по себѣ актъ административный, такъ какъ она, прямо уничтожая юридическое значеніе даннаго акта, имѣетъ, слѣдовательно, сама по себѣ административныя послѣдствія. Но выходитъ ли изъ сферы правосудія, изъ сферы установленія дѣйствительнаго существованія и значенія спорныхъ правоотношеній, судебное признаніе по иску частнаго лица права его на совершеніе или несовершеніе опредѣленнаго административнаго акта? Выра-

---

[1]) Errera, p. 250.
[2]) Ibid., p. 253—254.
[3]) Если, конечно, понимать собственную область администраціи именно въ смыслѣ бельгійской теоріи раздѣленія властей, т.-е. въ смыслѣ совершенія актовъ по существу административныхъ, а не въ смыслѣ теоріи старофранцузской, полное отрицаніе которой представляетъ собою вся бельгійская система.

Digitized by Google

зится ли это признаніе въ распорядительной части приговора въ формѣ приказа по адресу администраціи или какъ-либо иначе, оно само по себѣ не отмѣняетъ административнаго акта; оно лишь налагаетъ на администрацію, какъ сторону въ процессѣ, обязанность поступить по приговору суда, оно устанавливаетъ съ обязательной для сторонъ силой, существованіе между ними извѣстнаго правоотношенія. И если бельгійская система не дѣлаетъ этого логическаго вывода изъ своихъ же собственныхъ основныхъ началъ, то только потому, что въ ней сохранился остатокъ французской теоріи раздѣленія властей, остатокъ, не имѣющій въ этой обстановкѣ раціональнаго основанія.

Системы бельгійская и французская въ извѣстномъ смыслѣ дополняютъ другъ друга. Достоинствомъ первой является не только единство судебной власти, но и принципъ защиты публичныхъ правъ, какъ таковыхъ, путемъ судебнаго въ полномъ смыслѣ слова, иска. Напротивъ, французская система, исходящая изъ отрицанія этихъ началъ, фактически даетъ нѣчто, по крайней мѣрѣ, близкое къ иску, какъ разъ въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ бельгійская система не даетъ никакого средства прямого возстановленія правъ. Тамъ, гдѣ по общимъ условіямъ, недостатки бельгійской системы оказались особенно ощутительными, естественно должна была возникнуть мысль выйти изъ этого положенія путемъ комбинаціи обѣихъ системъ, путемъ установленія рядомъ съ контролемъ общаго суда, еще контроля особой административной юстиціи, рядомъ съ бельгійскимъ судебнымъ искомъ о публичномъ правѣ, еще французскаго recours pour excès de pouvoir. Такова именно исторія этого вопроса въ Италіи. До 1865 года тамъ существовала система административной юстиціи, осуществлявшейся, подобно Франціи, совѣтами префектуръ и государственнымъ совѣтомъ. Но законъ 1865 года установилъ принципіальную компетентность общихъ судовъ во всякаго рода спорахъ о правѣ, съ опредѣленными, указанными закономъ, изъятіями. Но, въ отличіе отъ прежнихъ административныхъ судовъ, они могли лишь признать незаконность извѣстнаго административнаго акта, но не могли его отмѣнить и не могли непосредственно предписать администраціи исправить совершенное ею правонарушеніе. Впрочемъ, если судъ констатировалъ, что данный актъ представляетъ собою правонарушеніе, то это его заключеніе было для администраціи обязательно. Согласно ст. 4 указаннаго закона, «если споръ касается права, нарушеннаго, по утвержденію стороны, актомъ административной власти, суды вѣдаютъ лишь результаты этого акта, относящіяся къ предмету процесса. Самый же административный актъ можетъ быть

Digitized by Google

измѣненъ лишь по жалобѣ къ компетентнымъ административнымъ властямъ, которые при этомъ руководствуются приговоромъ, постановленнымъ по данному дѣлу». Но на дѣлѣ, повидимому, получилось, что рѣшенія судовъ остались сами по себѣ, а дѣйствія администраціи опять сами по себѣ. Если же актъ не имѣлъ особыхъ послѣдствій, могущихъ быть предметомъ самостоятельнаго спора, то иска вообще не было.

Въ результатѣ, въ 1889 году (законъ 31 марта) была возстановлена административная юрисдикція государственнаго совѣта (въ 1890 году учреждены, кромѣ того, мѣстные административные суды), при чемъ однако за общими судами были сохранены права, предоставленныя имъ закономъ 1865 года. Эта административная юстиція обнимаетъ, во-первыхъ, разбирательство нѣкоторыхъ спеціальныхъ споровъ въ полномъ объемѣ (соотвѣтствующее французскому contentieux de pleine juridiction), а затѣмъ два вида жалобъ въ государственный совѣтъ, а именно: жалобы на акты всякихъ административныхъ учрежденій, основанныя на некомпетентности, нарушеніи формы и нарушеніи закона, вполнѣ соотвѣтствующія французскому recours pour excès de pouvoir, съ тѣмъ существеннымъ ограниченіемъ, что предварительно обращенія въ государственный совѣтъ, необходимо исчерпаніе инстанціоннаго порядка обжалованія [1]); и особыя, созданныя закономъ 1889 года [2]), жалобы, имѣющія цѣлью обязать административную власть принять къ руководству рѣшеніе общаго суда, признавшаго наличность нарушенія гражданскаго или политическаго права. Такимъ образомъ, итальянское законодательство нѣсколько оригинально рѣшило задачу о томъ, какъ согласовать обязательность судебныхъ рѣшеній для администраціи съ ея независимостью. Общій судъ признаетъ, что право нарушено, но не исправляетъ нарушенія; для исправленія потерпѣвшій долженъ обратиться къ самой администраціи: если же она не подчинится, то на сцену является третій элементъ, — особый административный судъ, который уже предписываетъ исправленіе. Итакъ, обывателю приходится имѣть дѣло съ тремя инстанціями, изъ которыхъ только первая дѣйствительно безпристрастна, вторая состоитъ изъ самого правонарушителя, — активной администраціи, а третья представляетъ собою нѣчто среднее между тѣмъ и другимъ. И вообще, двойственность и нелогичность всей системы, двойственный, полусудебный, полу-административный характеръ соотвѣтствующей recours pour excès de pouvoir жалобы, не имѣютъ

[1]) Зато исключеніе «политическихъ актовъ» вполнѣ перенесено (ст. 24 закона 1889 г.).

[2]) Тамъ же, ст. 25, § 6.

Digitized by Google

здѣсь даже того оправданія, какъ во Франціи. Тамъ recours pour excès de pouvoir создавался въ то время, когда возможность настоящаго иска о правѣ, нарушенномъ актомъ публичной власти, не сознавалась или, поскольку дѣло идетъ объ общемъ судѣ, прямо отрицалась. Здѣсь принципъ исковой защиты публичныхъ правъ былъ уже признанъ законодательствомъ; оставалось лишь сдѣлать изъ него послѣдніе логическіе выводы, оставалось устранить ограниченіе, представляющее собою послѣдній остатокъ противоположныхъ, уже отброшенныхъ началъ, ограниченіе, вредъ котораго уже сознавался, — вѣдь, въ устраненіи его вредныхъ послѣдствій заключалась цѣль всей реформы. И только практической консервативностью человѣческаго ума можно объяснить то, что итальянскіе государственные люди предпочли не устранить, а обойти этотъ предразсудокъ путемъ комбинаціи различныхъ и противоположныхъ другъ другу системъ, представляющей собою въ совокупности нѣчто въ высокой степени несуразное и безпринципное. При всемъ томъ практически итальянское рѣшеніе вопроса является довольно удачнымъ: сохранивъ всѣ достоинства бельгійской системы, оно дополняетъ ее «кусочкомъ» французской и именно тамъ, гдѣ первая оказывается недостаточной. Французская система, — высшая нынѣ существующая стадія развитія особаго административнаго иска (въ особенности recours pour excès de pouvoir и его исторія) съ одной стороны; итальянская система, представляющая собою попытку исправленія явныхъ недостатковъ бельгійской съ другой, — показываютъ, что объективная тенденція развитія административнаго права европейскихъ государствъ съ разныхъ сторонъ, разными путями идетъ по направленію, логическимъ завершеніемъ котораго является признаніе и проведеніе принципа судебнаго возстановленія всякаго нарушеннаго права всѣми необходимыми для того средствами.

IV.

Система, въ которой этотъ принципъ признанъ и проведенъ въ полной мѣрѣ, существуетъ на самомъ дѣлѣ. Ubi jus, ibi remedium, господство права во всѣхъ областяхъ, полновластіе суда въ дѣлѣ возстановленія нарушеннаго права, — такова недопускающая никакихъ исключеній основа англійскаго государственнаго строя.

Между тѣмъ, необходимо имѣть въ виду, что вопросъ о средствахъ возстановленія нарушенныхъ публичною властью правъ имѣетъ въ Англіи совсѣмъ не то значеніе, какъ на континентѣ. Возстановленіе права нужно только тамъ, гдѣ право уже нарушено. Но въ Англіи дѣятельность административныхъ органовъ по-

Digitized by Google

ставлена въ такія рамки, что самая возможность правонарушенія чрезвычайно сокращается. Здѣсь почти не существуетъ непосредственнаго административнаго принужденія; публичныя требованія администраціи осуществляются по общему правилу, такъ же, какъ требованія частныхъ лицъ другъ къ другу, т.-е. путемъ судебнаго иска въ порядкѣ состязательнаго судебнаго процесса[1]). Благодаря этому, необходимость послѣдующаго судебнаго контроля въ массѣ случаевъ устраняется существованіемъ судебнаго контроля предварительнаго; необходимость исковой защиты правъ устраняется существованіемъ защиты путемъ возраженія. И, однако, эта исковая защита существуетъ, и существуетъ въ той полной мѣрѣ, которую мы указывали въ началѣ настоящей статьи. Она распадается на двѣ, совершенно различныя, категоріи. Первая, практически несомнѣнно болѣе важная, образуется изъ различныхъ основанныхъ на отдѣльныхъ законоположеніяхъ спеціальныхъ жалобъ, разсматриваемыхъ мировыми судебными установленіями (главнымъ образомъ, въ такъ назыв. quarter sessions), а иногда и непосредственно верховнымъ судомъ[2]). Вторая, непосредственно болѣе интересная теоретически, представляетъ собой какъ бы дополненіе къ первой. Она является всеобъемлющимъ средствомъ возстановленія правъ, нарушенныхъ органами власти, и является на сцену во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда не существуетъ какого-либо спеціальнаго средства. Вмѣстѣ съ тѣмъ, подлежащіе иски обладаютъ именно той интен-

---

[1]) Goodnow, Comparative administrative law, 1906, II, p. 123—129. А. Кулишеръ, Господство права и административное принужденіе, стран. 21—32.

[2]) Въ частности, особыя средства обжалованія установлены въ области обложенія. Для подоходнаго и подомовнаго налога установленъ исключительный порядокъ принудительнаго взысканія по непосредственному распоряженію податныхъ властей; возвращеніе взысканныхъ суммъ путемъ иска къ казнѣ по общему правилу невозможно (см. слѣд. прим.). Взамѣнъ этого плательщику предоставлено право кассаціоннаго (on points of law) обжалованія въ верховный судъ послѣ апелляціи къ центральному управленію (commissioners of inland revenue). (Энциклопедія Halsbury, The Laws of England, «Income Tax», vol 16, p. 681—682; «Inhabited House Duty», vol. 17, p. 189). Судебный контроль еще значительно усиленъ по отношенію къ новымъ земельнымъ налогамъ 1909—1910 гг. Не только дана возможность самаго широкаго обжалованія по всѣмъ вопросамъ факта и права, но не установлено никакого особаго порядка принудительнаго взысканія, и эти налоги могутъ взыскиваться только въ общемъ порядкѣ взысканія коронныхъ долговъ, т.-е. въ порядкѣ судебнаго процесса (Napier, The new land taxes, p. CXXIV—CXXIX). Особая судебная жалоба установлена и въ новомъ законѣ о страхованіи (ст. 66). По этимъ даннымъ можно судить о цѣнности разглагольствованій англійскихъ консерваторовъ и довѣрчивыхъ континентальныхъ юристовъ, объ ослабленіи новѣйшимъ законодательствомъ судебнаго контроля надъ управленіемъ и «развитіи административнаго произвола». См. напр. Lord Willoughby de Broke, The constitution and the individual въ сборн. «Rights of citisenship», 1912, а также новѣйшую нѣмецкую работу Koellreutter, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England, 1912).

Digitized by Google

сивностью и полнотой, которыхъ недостаетъ бельгійскому иску о возстановленіи публичнаго права, такъ какъ ведутъ къ особой формѣ приговоровъ, представляющихъ собою прямой приказъ суда по адресу администраціи. Это и есть знаменитые writs of prerogative, издаваемые верховнымъ судомъ по отдѣленію королевской скамьи по такъ наз. канцеляріи коронныхъ дѣлъ — crown office.

Исторія этого института, при всемъ различіи, представляетъ нѣкоторое сходство съ исторіей французскаго recours pour excès de pouvoir. И тамъ и тутъ обходнымъ путемъ былъ созданъ особенный видъ иска для защиты такихъ правъ, которыя по принципамъ права страны не могли защищаться путемъ иска обыкновеннаго. Если французское право не допускало общаго судебнаго или административно-судебнаго спора по поводу большинства актовъ публичной власти, то англійское право никогда не допускало и не допускаетъ до сихъ поръ вообще привлеченія государства, олицетвореннаго въ королѣ, въ качествѣ отвѣтчика (даже по дѣламъ чисто гражданскимъ[1]). И тамъ, и здѣсь практика для созданія судебнаго разбирательства между гражданами и властью воспользовалась полномочіемъ главы государства, превративъ его распоряженія по адресу подчиненныхъ властей въ судебный приговоръ. Судъ королевской скамьи является непосредственнымъ наслѣдникомъ, непосредственнымъ продолженіемъ норманской curia regis. Это учрежденіе, въ качествѣ совѣта при самомъ королѣ, разбирало всякаго рода судебныя и административныя дѣла, принимало жалобы на всякіе низшіе органы и могло требовать отъ нихъ на свое разрѣшеніе всякое дѣло[2]). Распаденіе curia regis на отдѣльныя учрежденія (начавшееся при Генрихѣ I и закончившееся при Генрихѣ III) привело къ образованію трехъ самостоятельныхъ установленій. За выдѣленіемъ частныхъ тяжбъ и финансовыхъ дѣлъ въ два отдѣльныя вѣдомства, «собственныя» дѣла короля (propriae causae regis) образовали компетенцію собственнаго суда короля (curia regis propria), который въ отличіе отъ суда частныхъ тяжбъ не засѣдаетъ въ опредѣленномъ мѣстѣ, а слѣдуетъ за королемъ («ubicunque fuerimus in Anglia») и рѣшаетъ дѣла въ присутствіи короля (coram rege ipso)[3]). Этимъ опредѣляется и его компетенція: онъ рѣшаетъ уголовныя дѣла (placita coronae), онъ является судомъ

---

[1]) Вслѣдствіе этого до сихъ поръ невозможно предъявленіе никакого имущественнаго иска въ казнѣ безъ разрѣшенія правительства.

[2]) Stubbs, Constitutional History of England, I, p. 389. Franqueville, Le système judiciaire de la grande Bretagne, I, p. 143. Holdsworth, History of the english law, vol. 1 (1903), p. 26—28.

[3]) Ibid., p. 78—80. Franqueville, I, p. 155—156. Stubbs, II, p. 266. Maitland, Bractons note-book Introd., p. 56—49.

Digitized by Google

апелляціоннымъ, и, наконецъ, онъ даетъ отъ имени короля различные указы подчиненнымъ властямъ, между прочимъ, конечно, и по жалобамъ частныхъ лицъ [1]). Когда впослѣдствіи компетенція его распространилась и на гражданскія дѣла, они образовали въ немъ такъ наз. «тяжебную часть» (plea side), въ отличіе отъ коронныхъ дѣлъ обоихъ категорій, образовавшихъ «коронную часть» (crown side), обслуживаемую канцеляріей коронныхъ дѣлъ (crown office) [2]). Но съ теченіемъ времени личное участіе короля въ этомъ судѣ превратилось въ фикцію [3]). Судъ королевской скамьи сталъ постояннымъ учрежденіемъ, съ опредѣленнымъ составомъ судей, рѣшающихъ дѣла по существующему праву. Собственно правительственныя дѣла вѣдались не имъ, а самимъ королемъ въ совѣтѣ его сановниковъ (впослѣдствіи тайный совѣтъ) [4]). Практика установила для подаваемыхъ въ судъ королевской скамьи жалобъ строго опредѣленный порядокъ разсмотрѣнія въ судебныхъ формахъ, свела издаваемые этимъ судомъ указы къ опредѣленнымъ видамъ и случаямъ, и эти указы стали упорядоченнымъ орудіемъ защиты правъ частныхъ лицъ. Такимъ образомъ, обжалованіе въ судъ королевской скамьи и его контроль надъ органами власти стали судебнымъ обжалованіемъ и судебнымъ контролемъ, между тѣмъ, какъ административное обжалованіе и административный контроль, особенно развившіеся въ эпоху Тюдоровъ, вѣдались королемъ и его тайнымъ совѣтомъ [5]); точно такъ же, какъ рядомъ съ судебнымъ порядкомъ разрѣшенія уголовныхъ дѣлъ судомъ королевской скамьи, объѣздными судьями и quarter sessions мировыхъ судей, существовалъ и особенно развился въ ту же эпоху административный порядокъ разрѣшенія уголовныхъ дѣлъ въ томъ же совѣтѣ. Въ обѣихъ областяхъ, такимъ образомъ, мы имѣемъ два ряда явленій, вышедшихъ изъ одного источника, но приведшихъ въ концѣ концовъ къ непримиримому противорѣчію: контроль суда королевской скамьи имѣлъ цѣлью поддержанія дѣйствія нормъ права страны; въ немъ выражалась идея подчиненности публичной власти общему праву и общему

---

[1]) Franqueville, I, p. 158.

[2]) Hatschek, Englisches Staatsrecht, II, S. 613.

[3]) Извѣстна попытка Якова I воскресить это право и сопротивленіе, оказанное ему знаменитымъ Кокомъ. Значеніе и характеръ совершившейся эволюціи превосходно иллюстрируется тѣмъ, что Кокъ выводитъ невозможность личнаго участія короля, между прочимъ, изъ того, что этотъ судъ вѣдаетъ «собственныя дѣла короля», который не можетъ быть судьей въ собственномъ дѣлѣ. Coke, Institutes, part. IV, p. 70.

[4]) Stubbs, I, p. 601. Dicey, History of the Privy Council, p. 13. Maitland, Constitutional History of England, 1906, p. 199, 210.

[5]) Редлихъ, Англійское мѣстное управленіе (русск. перев.), II, стран. 325. Dicey, p. 68. Franqueville, I, p. 114. Hatschek, l. c., II, S. 60. Maitland, l. c., p. 258.

Digitized by Google

суду. Между тѣмъ все болѣе развившееся административное обжалованіе распоряженій мѣстныхъ органовъ въ тайный совѣтъ и административное принужденіе непосредственно имъ осуществлявшееся путемъ административныхъ наказаній, рѣзко противорѣчили этой идеѣ, такъ какъ распоряженія тайнаго совѣта, какъ исходившія непосредственно отъ короля, не подлежали обжалованію [1]). Великій Кокъ опредѣленно формулировалъ роль суда королевской скамьи, какъ охранителя законности въ управленіи, заявляя, что разсмотрѣнію этого суда подлежатъ «внѣсудебныя нарушенія, приводящія къ нарушенію мира, или притѣсненію подданныхъ или возникновенію распрей и раздоровъ или къ другому виду дурного управленія, такъ что не можетъ быть совершено никакого незаконнаго дѣянія публичнаго или частнаго, которое не могло бы быть исправлено или наказано въ судебномъ порядкѣ (by due course of law) [2])». Противникъ его, защитникъ «прерогативы» лордъ Эльсмиръ, предвосхищая аргументацію нѣмецкихъ юристовъ XIX вѣка противъ Justizstaat'a столь же категорически выразилъ противоположную точку зрѣнія, возражая, что въ такомъ случаѣ «достаточно суда королевской скамьи для управленія государствомъ; ибо если судъ королевской скамьи можетъ исправлять всѣ виды дурного управленія, то какъ-будто нѣтъ мѣста ни для монаршей заботы короля и власти его, проявляемой лично и путемъ прокламацій, повелѣній и непосредственныхъ указаній, ни для совѣта, который послѣ короля есть главный стражъ всѣхъ частей правительства; и затѣмъ изъ этихъ словъ (Кока) какъ-будто слѣдуетъ, что судъ королевской скамьи можетъ надзирать за правительствомъ и судить, въ чемъ оно дурно управляетъ» [3]).

Конфликтъ былъ разрѣшенъ революціей въ пользу правоваго государства и общаго суда [4]). Устраненіе порядка административнаго обжалованія, принужденія и суда черезъ тайный совѣтъ придало полную силу исковой защитѣ правъ, нарушенныхъ публичной властью, путемъ writs суда королевской скамьи; позднѣйшее установленіе несмѣняемости судей окончательно сдѣлало этотъ судебный контроль независимымъ отъ правительства. Но слѣды происхожденія writs of prerogative сохранились, какъ въ самомъ ихъ названіи, такъ и въ формѣ ихъ изданія: они пишутся

---

[1]) Редлихъ, II, стран. 322—328.

[2]) J. Bagg's case. Coke's Reports (ed. 1826), vol. 6, p. 182; Institutes, IV, p. 70.

[3]) Ellesmere, такъ наз. Observations on lord Coke's Reports, p. 11; найденныя въ концѣ XVII вѣка замѣтки эти представляли собою, можетъ быть, докладъ королю.

[4]) Редлихъ, I, стран. 47.

Digitized by Google

въ видѣ непосредственнаго повелѣнія царствующаго монарха[1]); подлежащее дѣло именуется не дѣломъ частнаго лица-жалобщика, какъ дѣла гражданскія (такой-то: истецъ противъ такого-то: отвѣтчика), а дѣломъ короля, какъ дѣла уголовныя (король противъ такого-то — подсудимый или органъ власти)[2]).

По существу prerogative writs суть приговоры верховнаго суда по иску частнаго лица о нарушеніи его правъ бездѣйствіемъ или превышеніемъ власти административнаго органа, а также мирового или спеціальнаго (военнаго, духовнаго) суда. Изъ пяти извѣстныхъ праву видовъ этихъ writs практическое значеніе въ настоящее время имѣетъ, кромѣ общеизвѣстнаго habeas corpus и writ of certirari, служащаго почти исключительно средствомъ контроля надъ низшими судами, только writ of mandamus, коимъ предписывается данному органу совершить извѣстное дѣйствіе, къ которому онъ обязанъ по закону.

Первоначальный характеръ mandamus, какъ административнаго распоряженія, привелъ къ любопытной чертѣ въ его развитіи, которую мы встрѣтили и въ исторіи recours pour excès de pouvoir. Въ томъ же рѣшеніи, въ которомъ Кокъ опредѣлилъ въ приведенныхъ выше словахъ сущность судопроизводства въ судѣ королевской скамьи по административнымъ дѣламъ, онъ долженъ былъ признать, что жалобщикъ не можетъ опровергать фактовъ, приведенныхъ въ отвѣтѣ (return) учрежденія, на которое подана жалоба, такъ какъ у сторонъ нѣтъ тяжбы другъ съ другомъ (because the parties are strangers and have no day in Court). Иначе говоря, производство въ порядкѣ mandamus, ставъ судебнымъ обжалованіемъ, было сначала обжалованіемъ кассаціоннымъ. Ограниченіе это обходили путемъ иска объ убыткахъ къ подлежащимъ лицамъ[3]). Въ 1700 году было признано, что если return опороченъ приговоромъ по такому иску, то судъ уже заочно, и не спрашивая объясненій, приказываетъ данному органу выполнить требованіе) такъ наз. peremptory mandamus)[4]). И, наконецъ, въ 1711 году это ограниченіе было отмѣнено закономъ[5]). Mandamus является, по опредѣленію лорда Мансфильда, средствомъ возстановленія права тамъ, гдѣ нѣтъ спеціальнаго иска[6]); онъ можетъ быть отданъ по адресу всякаго органа власти, за исключеніемъ самого короля.

---

[1]) Hatschek, l. c., II, S. 616, 619, 621, 623.
[2]) Franqueville, I, p. 69.
[3]) Buller, Nisi prius, p. 201.
[4]) Buckley v. Palmer, Salket, Reports, II, p. 430.
[5]) G. Anne, c. 20, s. 2.
[6]) Holdsworth, l. c., I, p. 94.

Digitized by Google

Вопреки обычному мнѣнію, «своеобразная» и «исторически образовавшаяся» англійская система наиболѣе соотвѣтствуетъ логикѣ юридическихъ принциповъ. И, напротивъ, на всѣхъ континентальныхъ системахъ лежитъ печать жалкаго эмпиризма и безпринципности или, по крайней мѣрѣ, непродуманности и непослѣдовательности. На самомъ дѣлѣ и тамъ, и тутъ существующее положеніе создано не сознательнымъ проведеніемъ опредѣленныхъ началъ, а объективными потребностями правового государства, опредѣляющими общее направленіе эволюціи, значеніе которой сознается большею частью лишь post factum. Вся разница въ томъ, что въ Англіи эта эволюція уже закончена и поэтому англійская система, несмотря на всю архаичность формъ, является самой логичной и въ самой себѣ и съ точки зрѣнія основныхъ принциповъ государственнаго строя, нынѣ уже повсюду признанныхъ. Признаніе правового характера отношеній гражданъ къ государству, установленіе средствъ защиты субъективныхъ публичныхъ правъ и, въ частности средствъ исковыхъ, расширеній этихъ средствъ, пока предѣлы ихъ не совпадутъ съ предѣлами самихъ этихъ правъ, пока они не покроютъ всѣхъ возможныхъ случаевъ правонарушеній, — такова не только логика идей, но и логика исторіи.

А. Кулишеръ.

Digitized by Google

Тѣлесныя наказанія по русскому дѣйствующему праву.

Современное уголовное право разумѣетъ подъ «тѣлеснымъ наказаніемъ» такую назначенную судомъ за преступное дѣяніе кару, которая направлена на причиненіе осужденному физическаго страданія[1]).

Но, несмотря на такое, казалось бы, достаточно полное опредѣленіе, современные криминалисты разсматриваютъ обыкновенно лишь одну категорію тѣлесныхъ наказаній, — именно ту, когда страданія причиняются наказываемому путемъ нанесенія ему опредѣленнаго числа ударовъ по тѣлу; и лишь изрѣдка встрѣчаются упоминанія еще про одну категорію, когда страданія причиняются путемъ физическаго ограниченія движеній наказываемаго (кандалы)[2]).

Между тѣмъ, если за совершеніе преступнаго дѣянія человѣка лишаютъ по закону средствъ, необходимыхъ для жизни его организма (пища, свѣтъ, воздухъ, тепло и т. п.) или, нагрузивъ на него тяжесть, подолгу не позволяютъ двинуться съ мѣста (постановка «подъ ружье» въ полной аммуниціи), если каждая изъ этихъ мѣръ разсчитана на то, чтобы, угнетая физическую сторону наказываемаго, воздѣйствовать опредѣленнымъ образомъ на его психику, то всѣ эти пріемы, подобно розгамъ и кандаламъ, нельзя назвать иначе, какъ тѣлесными наказаніями.

Причины односторонняго взгляда, проявляемаго криминалистами, останавливающими свое вниманіе лишь на первомъ изъ

---

[1]) А. Г. Тимофеевъ. — «Исторія тѣлесныхъ наказаній въ русскомъ правѣ». С.-Пб. 1897 г., стран. 1. — Многіе ученые (Таганцевъ, Чубинскій, Гогель, Дриль и др.) не находятъ нужнымъ давать опредѣленіе этому понятію, очевидно, считая его общеизвѣстнымъ.

[2]) Н. С. Таганцевъ. — «Русское уголовное право» — лекц., т. II. С.-Пб. 1902, стран. 1113. Тимофеевъ. — Назв. соч., стран. 2 и сл. Какъ у нихъ, такъ и у другихъ изслѣдователей (Ступинъ, Кистяковскій, Шишкинъ и др.) о кандалахъ говорится какъ бы мимоходомъ.

Digitized by Google

всѣхъ упомянутыхъ видовъ тѣлесныхъ наказаній, заключаются, надо полагать, въ слѣдующемъ.

Если изслѣдователь приступаетъ къ изученію тѣлесныхъ наказаній съ исторической точки зрѣнія, то вниманіе его естественно обращается къ періоду расцвѣта ихъ, когда агенты государственной власти всемѣрно изощрялись въ жестокости для причиненія дѣйствительнымъ или мнимымъ врагамъ правопорядка самыхъ острыхъ и длительныхъ мукъ. Подвергнувъ эти наказанія классификаціи по той или иной системѣ [1]) и разсмотрѣвъ каждое изъ нихъ, обычно изслѣдуютъ весь сложный путь борьбы, которая велась вокругъ этого института и окончилась торжествомъ гуманныхъ началъ, когда, сдавая свои позиціи шагъ за шагомъ, этотъ родъ наказаній постепенно вымиралъ, и наконецъ, подъ давленіемъ общественнаго мнѣнія и науки, почти вовсе исчезли изъ кодексовъ современныхъ государствъ наиболѣе грубыя тѣлесныя наказанія. Такъ какъ при этомъ борьба велась въ такой постепенности, что низшія степени тѣлесныхъ наказаній становились предметомъ спора послѣ того, какъ отжили высшія, а менѣе грубыя тѣлесныя наказанія (кандалы и физическія лишенія) искони вѣковъ являлись наказаніями добавочными или дисциплинарными мѣрами, оставаясь въ сторонѣ отъ борьбы за основы карательной системы, то достигнутый результатъ почитается до сихъ поръ столь успѣшнымъ, что въ настоящее время даже и въ спеціальной литературѣ [2]) о тѣлесномъ наказаніи говорится, какъ о чемъ-то давно не существующемъ; а въ обыденной жизни такой же взглядъ укоренился до такой степени, что считаютъ уже цѣлыми десятилѣтіями юбилейные сроки со дня отмѣны тѣлесныхъ наказаній въ Россіи.

При сравнительномъ изученіи современныхъ характерныхъ системъ вниманіе изслѣдователя устремляется на главныя наказанія, а такъ какъ по дѣйствующему русскому праву ни кандалы, ни физическія лишенія къ таковымъ не относятся, то они и остаются въ сторонѣ отъ изслѣдованія, тѣмъ болѣе, что есть еще

---

[1]) Наиболѣе полное изслѣдованіе находимъ у Тимофеева. Онъ подраздѣляетъ тѣлесныя наказанія на: 1) членовредительныя («изувѣчивающія» по Сергѣевскому и Шишкину и «уродующія» — по Кистяковскому), 2) болѣзненныя, — тѣ, кои причиняются безъ поврежденія или лишенія органовъ, — плети, кошки, батоги, шпицрутены, кнутъ и розги, и 3) осрамительныя — декальвація, клейменіе, бритье головы и наложеніе оковъ (стран. 11—12).

[2]) М. П. Чубинскій — Курсъ уголовной политики 1910, стран. 418. С. К. Гогель. — Курсъ уголовной политики въ связи съ уголовной соціологіей 1910, стран. 169. Д. А. Дриль. Ученіе о преступности и о мѣрахъ борьбы съ нею, — посмерт. изд. 1911 г., стран. 169—170.

Digitized by Google

страны (какъ Турція и Китай), гдѣ примѣняются донынѣ и болѣзненныя, и даже членовредительныя тѣлесныя наказанія [1]).

По той же причинѣ, а также и потому, что постановленія нашихъ законовъ относительно менѣе грубыхъ тѣлесныхъ наказаній безсистемно разсѣяны въ различныхъ уставахъ, положеніяхъ и наставленіяхъ, эти наказанія остаются въ тѣни отъ научнаго свѣта и при догматическомъ изслѣдованіи дѣйствующихъ уголовныхъ законовъ. Такому положенію вопроса способствуетъ и то обстоятельство, что большинство этихъ наказаній примѣняется въ административномъ порядкѣ, на основахъ дисциплинарнаго права, столь искусственно и упорно изолируемаго наукой отъ права уголовнаго [2]).

Между тѣмъ, когда какое-либо лицо, облеченное дисциплинарною властью по отношенію къ извѣстному кругу лицъ, ему подчиненныхъ или порученныхъ его надзору и служебной отвѣтственности, накладываетъ дисциплинарное взысканіе, т.-е. «наказаніе, опредѣляемое властью начальника безъ суда» [3]), то этимъ дѣйствіемъ оно, конечно, осуществляетъ ту часть карательной власти, которая ему предоставлена закономъ въ цѣляхъ экономіи силъ сложнаго и дорогого судебнаго аппарата и экономіи времени, протекающаго между моментами совершенія проступка и наложенія кары на провинившагося. Ясно, что дисциплинарное взысканіе по существу своему не теряетъ свойствъ наказанія и не отличается отъ мѣры воздѣйствія, опредѣляемой судомъ ничѣмъ, кромѣ способа наложенія. Облеченное дисциплинарною властью лицо уполномочено на признаніе извѣстныхъ дѣйствій за подлежащій наказанію проступокъ; отъ него же зависитъ и время, и порядокъ, и интенсивность исполненія дисциплинарнаго взысканія, и индивидуализація самой мѣры въ каждомъ данномъ случаѣ. Поэтому, казалось бы, въ этой сферѣ должны быть изучены всѣ возможныя для предвидѣнія обстоятельства, а въ интересахъ охраны правъ личности область административнаго усмотрѣнія должна быть ограничена необходимымъ minimum'омъ, при чемъ нельзя найти достаточныхъ основаній для того, чтобы въ области дисциплинарнаго права дѣйствовали какіе-либо иные принципы, кромѣ тѣхъ, которые примѣняются въ общей теоріи наказанія.

---

[1]) В. Э. Немирскій. — «Тѣлесныя наказанія на Востокѣ». — Харбинъ 1910, стран. 82—89.

[2]) Объ этомъ см. у Таганцева, назв. соч., стран. 826—834; онъ же замѣчаетъ: «дисциплинарныя взысканія не настолько отличаются отъ карательныхъ, чтобы можно было допустить, что то, что безполезно и даже вредно въ одной сферѣ было бы необходимо и полезно въ другой» (стран. 1141).

[3]) Ст. 8 Устава Дисциплинарнаго (кн. XXIII. С. В. П. 1869 г., изд. 3-е).

Digitized by Google

Въ русскомъ дѣйствующемъ правѣ эти двѣ области не только соприкасаются между собою, но нерѣдко и покрываютъ одна другую полностью. Такъ, во многихъ случаяхъ (какъ разъ касающихся примѣненія тѣлесныхъ наказаній) законъ уполномочиваетъ административную власть налагать дисциплинарныя взысканія на нѣкоторыхъ лицъ (каторжныхъ, поселенцевъ, арестантовъ и др.) за такіе проступки, которые по общему закону караются только уголовнымъ судомъ [1]). Знакомо нашему праву и противоположное явленіе, когда изо всей разнообразной массы дисциплинарныхъ взысканій судъ самъ выбираетъ подходящую къ данному случаю кару [2]).

Вотъ почему, посвящая настоящій очеркъ разсмотрѣнію всѣхъ сохранившихся въ Россіи видовъ тѣлесныхъ наказаній, я не считаю возможнымъ выдѣлять тѣ изъ нихъ, которыя примѣняются въ качествѣ мѣръ дисциплинарныхъ.

Съ другой стороны, однако, невозможно включить въ этотъ очеркъ разсмотрѣніе всѣхъ наказаній, оказывающихъ то или иное воздѣйствіе на тѣло наказываемаго: благодаря той тѣсной связи, которая существуетъ между психической и физической сторонами человѣческаго организма, и которая давно констатирована наукою и постоянно наблюдается въ обыденной жизни [3]), сфера изслѣдованія должна бы была въ такомъ случаѣ расширена вплоть до поглощенія буквально всѣхъ существующихъ въ современномъ правѣ наказаній, такъ какъ въ конечномъ результатѣ любое изъ нихъ оказываетъ или можетъ оказать вполнѣ опредѣленное и иногда весьма сильное вліяніе на организмъ совершителя преступнаго дѣянія [4]). Но вопросъ, поставленный столь широко, долженъ служить предметомъ спеціальнаго изслѣдованія. Въ настоящемъ же очеркѣ будетъ итти рѣчь лишь о тѣхъ наказаніяхъ, которыя налагаются по дѣйствующимъ въ Россіи законамъ [5])

---

[1]) Стт. 238 и 240 Уст. о ссыльныхъ по прод. 1909; стт. 395—407 Уст. о содерж. подъ стражею по прод. 1906 г.; ст. 188 Уст. конвойн. службы 1907 г. и др.

[2]) Ст. 264 § III Уст. о ссыльн.; стт. 101, 104, 192, 229 и др. Воинскаго уст. о наказ. (кн. XXII С. В. П. 1869, изд. 3, по прод. 1907).

[3]) У. Джемсъ — «Психологія» — въ пер. Лапшина С.-Пб. 1905, стран. 4; о томъ же см. у Г. Гефдинга — «Очерки психологіи, основанной на опытѣ», — пер. Колубовскаго С.-Пб. 1908, стран. 33—73.

[4]) Не говоря уже о воздѣйствіи на здоровье заключеннаго многихъ аксесуаровъ тюремнаго режима, надлежитъ замѣтить, что бываютъ случаи, когда простой выговоръ или внушеніе въ присутствіи суда можетъ лишить человѣка сна или аппетита и даже вызвать острое заболѣваніе (обморокъ, нервный припадокъ и т. п.).

[5]) Тѣлесныя наказанія, налагаемыя внѣ порядка, установленнаго въ законахъ, также не входятъ въ настоящій очеркъ. — См. у Н. Евреинова — «Исторія тѣлесныхъ наказаній въ Россіи», т. I.

Digitized by Google

съ прямою цѣлью причинить человѣку физическое страданіе и уже этимъ путемъ добиться ожидаемаго результата въ психическомъ отношеніи.

При этомъ соображенія, приведенныя выше, съ достаточною обязательностью заставляютъ разумѣть подъ тѣлеснымъ наказаніемъ по нашему праву предоставленное закономъ судебной или административной власти и разсчитанное на причиненіе физическихъ страданій воздѣйствіе на тѣло лица, являющагося или предполагаемаго[1]) виновникомъ преступнаго дѣянія.

ГЛАВА I.

Розги.

Изо всѣхъ тѣлесныхъ наказаній, причиняющихъ физическое страданіе путемъ нанесенія опредѣленнаго числа ударовъ по тѣлу наказываемаго, у насъ, какъ извѣстно, сохранился до сего времени одинъ видъ — розги, представляющія собою замѣну кошекъ, батоговъ, плетей, шпицрутеновъ, кнута и хлыста, отошедшихъ постепенно навсегда въ область исторіи. Причины сохраненія въ русскомъ правѣ этого способа воздѣйствія на виновниковъ преступныхъ дѣяній, равно какъ и происхожденіе соотвѣтствующихъ постановленій закона извѣстны изъ исторіи грубыхъ тѣлесныхъ наказаній, столь подробно разработанной въ спеціальной юридической литературѣ, что въ настоящее время нѣтъ нужды останавливаться болѣе на этомъ вопросѣ[2]). Достаточно вспомнить лишь

---

[1]) По дѣйствующимъ въ Россіи законамъ нѣкоторыя тѣлесныя наказанія налагаются, во-первыхъ, на подслѣдственныхъ и подсудимыхъ, а во-вторыхъ, на лицъ, виновность которыхъ устанавливается въ лишенномъ всякихъ гарантій суммарномъ порядкѣ уголовнаго процесса (объ этомъ см. ниже гл. I и II).

[2]) Кромѣ упомянутаго выше труда Тимофеева и посвященныхъ тѣлеснымъ наказаніямъ главъ въ общихъ учебникахъ и курсахъ уголовнаго права (Таганцева, Кистяковскаго, Фойницкаго, Сергѣевскаго, Вульферта, Владимирскаго-Буданова и др.), необходимо отмѣтить изо всей громадной литературы вопроса слѣд. сочиненія: І. Шишкинъ. «О тѣлесныхъ наказаніяхъ въ связи съ началомъ наказанія вообще» «Юрид. Вѣстн.» Калачова 1861, X и XI. М. Ступинъ — «Исторія тѣлесн. наказаній въ Россіи отъ судебниковъ до наст. времени» 1887. — Н. Сергѣевскій — «Тѣл. наказанія въ Россіи въ XVII в.». — Журн. гр. и уг. права 1886 № 1, П. Обнинскій — «Розга, какъ карательная мѣра» — «Юрид. Вѣстн.» 1892 № 1, Бинштокъ. — «Матеріалы для исторіи отмѣны тѣл. нак.» — тамъ же, №№ 7 и 8.— Г. Джаншіевъ — «Какъ уцѣлѣла розга». — «Міръ Божій» 1895, іюнь. — В. Семевскій — «Необходимость отмѣны тѣл. наказ.». — «Русск. Мысль» 1896 г. февраль и мартъ. — Д. Жбанковъ и В. Яковенко.

Digitized by Google

общіе выводы этихъ изслѣдованій, гласящіе о томъ, что широкое примѣненіе тѣлесныхъ наказаній въ Россіи объяснялось, съ одной стороны, системой устрашенія, царившей въ законодательствѣ, а съ другой,— отношеніями, исторически сложившимися между классами населенія; что весь процессъ медленнаго вымиранія этихъ наказаній характеризуется постепеннымъ переходомъ отъ болѣе жестокихъ способовъ къ менѣе суровымъ пріемамъ причиненія физической боли и такимъ же постепеннымъ расширеніемъ круга лицъ, изъятыхъ отъ тѣлесныхъ наказаній; что дѣйствующіе у насъ уголовные законы представляютъ собою не осуществленіе какой-либо одной и единообразной для всѣхъ гражданъ карательной системы, а являются результатомъ историческихъ наслоеній; что въ области права дисциплинарнаго примѣняются у насъ нормы устарѣлыя и несоотвѣтствующія современному положенію личности въ государствѣ; что, наконецъ, дѣятельность законодательная въ отношеніи отмѣны тѣлесныхъ наказаній характеризуется полумѣрами, лишь суживавшими сферу ихъ примѣненія и проведенными подъ давленіемъ общественнаго мнѣнія.

Обращаясь къ анализу дѣйствующаго русскаго законодательства относительно области и условій примѣненія наказанія розгами, слѣдуетъ замѣтить, что послѣднее существуетъ у насъ для каторжныхъ, для поселенцевъ, для присужденныхъ въ исправительныя арестантскія отдѣленія и для содержащихся въ военно-тюремныхъ заведеніяхъ нижнихъ чиновъ, а примѣняется оно преимущественно (но не исключительно) въ видѣ дисциплинарнаго взысканія.

1. Для ссыльно-каторжныхъ, подъ которыми законъ [1]) и тюремная практика [2]) разумѣютъ и дѣйствительно «сосланныхъ» въ каторжныя работы, и заключенныхъ по приговору суда въ каторжныя тюрьмы, и, наконецъ, содержащихся въ каторжныхъ отдѣленіяхъ тюремъ общаго устройства,—наказаніе розгами до 100 ударовъ назначается, во-первыхъ, за «маловажныя престу-

---

«Тѣл. наказанія въ Россіи въ настоящее время». 1899. Кромѣ того, не говоря уже объ архивныхъ данныхъ, не мало цѣннаго матеріала находимъ въ извѣстныхъ работахъ Максимова, Ядринцева и Джаншіева и многочисленныхъ болѣе мелкихъ статьяхъ общихъ и спеціальныхъ юридич. журналовъ позднѣйшихъ годовъ. Но большинство крупныхъ работъ относительно тѣлесныхъ наказаній относится, какъ это видно изъ приведенныхъ датъ, къ концу XIX вѣка: очевидно, вопросъ потерялъ свою жгучесть, несмотря на то, что эти наказанія еще широко практикуются въ Россіи.

[1]) Ст. 1 Устава о ссыльныхъ по прод. 1909 г.

[2]) «Наставленіе о порядкѣ освидѣтельствованія, распредѣленія, регистраціи и препровожденія ссыльныхъ», утвержд. мин. юст. 31 XII 1904 (собр. Уз. 1905 № 23, ст. 217), отдѣлъ I.

Digitized by Google

пленія и проступки» властью тюремнаго начальства, а во-вторыхъ, по приговору суда (въ одномъ случаѣ).

«Маловажными преступленіями и проступками» въ отношеніи каторжныхъ почитаются всѣ тѣ преступныя дѣянія, которыя подлежатъ по обще-уголовнымъ законамъ наказанію, не превосходящему заключенія въ тюрьмѣ съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ [1]). Другими словами, въ этой группѣ преступныхъ дѣяній заключаются всѣ проступки, предусмотрѣнные уставомъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, и бо́льшая часть преступленій, содержащихся въ Уложеніи о наказаніяхъ, а равно и третья часть упомянутыхъ въ тѣхъ статьяхъ новаго уголовнаго уложенія, которыя введены въ дѣйствіе [2]). Кромѣ того, сюда же отнесены въ уставѣ о ссыльныхъ и спеціальные проступки, т.-е. тѣ, которые могутъ быть учинены только во время отбыванія наказанія каторгою, а именно: «кратковременныя отлучки съ мѣста работъ (очевидно, самовольныя), не признаваемыя побѣгомъ, т.-е. на срокъ менѣе 7 сутокъ, нетрезвое и буйное поведеніе, лѣность къ работѣ, своевольство и другія подобныя симъ нарушенія установленнаго порядка и благочинія» [1]).

Правда, кромѣ наказанія розгами, законъ предоставляетъ начальнику, разбирающему данное дѣло о маловажномъ преступленіи или проступкѣ каторжнаго, накладывать и иныя дисциплинарныя взысканія и прежде всего—одиночное заключеніе (для безсрочныхъ—до 20, для срочныхъ—до 10 дней), видимо, какъ бы могущее, по мысли законодателя, замѣнять розги, такъ какъ въ соотвѣтствующемъ пунктѣ [3]) поставленъ союзъ «или». А рядомъ съ этими наказаніями значатся: продолженіе опредѣленнаго по приговору суда срока работъ, продленіе законнаго срока пребыванія въ отрядѣ испытуемыхъ, наложеніе оковъ и т. п. Но ни въ уставѣ о ссыльныхъ, ни въ сенатскихъ и министерскихъ разъясненіяхъ къ нему, ни, наконецъ, въ Общей тюремной инструкціи 1912 года [4]) не содержится не только какихъ-либо болѣе точныхъ правилъ относительно того, въ какомъ порядкѣ должны быть

---

[1]) Ст. 235 Уст. о ссыльныхъ.

[2]) Проступки, перечисленные въ спеціальныхъ уставахъ (лѣсномъ, таможенномъ и др.), сюда не входятъ, ибо ихъ не можетъ совершить лицо, состоящее на каторгѣ; если же такіе проступки совершаются каторжнымъ, числящимся «въ бѣгахъ», то на основ. стт. 263—265 Уст. о ссыльныхъ, они подлежатъ карѣ по совокупности на основаніи судебнаго приговора.

[3]) П. 1 ст. 240 Устава о ссыльныхъ.

[4]) Ст. 273 Общ. Тюр. Инстр., пытающаяся внести нѣкоторый порядокъ, не опредѣляетъ, что должно разумѣть подъ «выдающимися проступками» и какъ надлежитъ сообразовать при этомъ упоминаемыя въ ней «личныя особенности арестанта».

Digitized by Google

налагаемы эти дисциплинарныя взысканія, но нѣтъ даже указаній о томъ, какъ понимать союзъ «или», поставленный въ законѣ между розгами и одиночнымъ заключеніемъ, т.-е.—въ какихъ случаяхъ и въ какой пропорціи одно изъ этихъ наказаній можетъ быть замѣняемо другимъ или назначаемо вмѣсто другого. Наоборотъ,— опредѣляя порядокъ наложенія взысканій, уставъ находитъ нужнымъ именно по поводу розогъ сдѣлать оговорку о томъ, что это наказаніе опредѣляется виновному окончательно и приводится въ исполненіе по распоряженію начальника (смотрителя) тюрьмы, хотя можетъ быть независимо отъ этого назначено и тюремнымъ инспекторомъ, и губернаторомъ [1]). Что касается остальныхъ упомянутыхъ выше мѣръ, то онѣ осуществляются не иначе, какъ съ утвержденія губернатора (кромѣ наложенія оковъ, санкціонируемаго тюремнымъ инспекторомъ).

Изъ этихъ постановленій закона, очевидно, надлежитъ сдѣлать выводъ, что розги вмѣстѣ съ одиночнымъ заключеніемъ считаются низшей дисциплинарной мѣрой изъ всѣхъ упомянутыхъ выше, при чемъ, такъ какъ въ законѣ нѣтъ никакого упоминанія о правѣ подлежащаго высѣченію лица просить о замѣнѣ этого наказанія инымъ, хотя бы и считаемымъ болѣе тяжкимъ, явствуетъ, что такого права за каторжными не признается. Между тѣмъ, казалось бы, что никакой опасности колебанія «установленнаго порядка и благочинія» не создалось бы при допущеніи права подобной замѣны.

Далѣе, обращаясь къ термину «окончательно», употребленному закономъ именно по поводу назначенія наказанія розгами, слѣдуетъ признать его особенно неудачнымъ: если рѣшеніе начальника тюрьмы по какому-либо дѣлу, оканчивающемуся продленіемъ срока пребыванія даннаго каторжнаго въ разрядѣ испытуемыхъ, подлежитъ провѣркѣ со стороны тюремнаго инспектора и губернатора, хотя такое рѣшеніе всегда можетъ быть взято назадъ, отмѣнено, то ничѣмъ не можетъ быть обосновано отсутствіе правила о такой же провѣркѣ въ томъ случаѣ, когда наказаніе, уже приведенное въ исполненіе (розги), не можетъ быть отмѣнено. И если самое соотвѣтствіе опредѣляемаго по усмотрѣнію начальника тюрьмы наказанія совершенному каторжнымъ «маловажному преступленію или проступку» предоставляется установить тому же начальнику, но рѣшеніе послѣдняго, замѣняющее приговоръ суда, въ одномъ случаѣ подлежитъ ревизіи со стороны высшей инстанціи, то гдѣ же основаніе для того, чтобы и остальныя рѣшенія этого «судьи» не были провѣряемы? Гдѣ же хоть малѣйшая гарантія

[1]) Ст. 275 Уст. о ссыльныхъ.

Digitized by Google

того, что каждое дѣло будетъ рѣшено справедливо этимъ единоличнымъ судьею-начальникомъ (который въ то же время бываетъ нерѣдко и потерпѣвшимъ и свидѣтелемъ), часто не обладающимъ и среднимъ образованіемъ, но принужденнымъ разбирать въ исключительно трудной для разслѣдованія ихъ обстановкѣ[1]) такія дѣла, для которыхъ въ нормальныхъ условіяхъ требуется весь сложный аппаратъ уголовнаго суда?

И оказывается, что единственной гарантіей, единственнымъ отвѣтомъ на эти вопросы является обязанность начальника тюрьмы «записывать всѣ назначаемыя имъ наказанія съ означеніемъ преступленій и проступковъ, за кои они были опредѣлены, въ особыя штрафныя книги, посредствомъ которыхъ начальства, производящія обозрѣнія, обязаны наблюдать за дѣйствіями низшихъ должностныхъ лицъ»[2]). Такимъ образомъ, устанавливается періодическая провѣрка всѣхъ наложенныхъ взысканій уже послѣ приведенія ихъ въ исполненіе и въ общемъ порядкѣ инспекторскаго смотра; но и въ этомъ видѣ охрана правъ несправедливо наказаннаго каторжнаго не доведена до конца: въ законѣ не говорится ничего о послѣдствіяхъ такого факта, если начальство, обозрѣвающее штрафную книгу, усмотритъ неправильность наложенія взысканія. Здѣсь находимъ косвенное подтвержденіе того самимъ собою разумѣющагося положенія, что начальникъ тюрьмы запишетъ любой случай въ штрафную книгу правильно, а если онъ самъ и подлежитъ за подобное упущеніе отвѣтственности въ общеслужебномъ порядкѣ, то для каторжнаго, высѣченнаго безъ достаточныхъ формальныхъ основаній, это обстоятельство не будетъ имѣть никакихъ послѣдствій, кромѣ возможности осуществленія права жалобы. Что касается послѣдняго, то оно возможно лишь при случаяхъ посѣщенія каторги высшимъ начальствомъ, а въ ежедневной жизни подача жалобъ допускается не иначе, какъ черезъ начальника тюрьмы и въ письменной формѣ, при чемъ этотъ начальникъ всегда можетъ фактически и не пропустить жалобу, и изложить обстоятельства дѣла въ такомъ видѣ, что опять-таки жалоба не будетъ имѣть никакого результата.

При такой обстановкѣ и при довѣріи, иногда и поддержкѣ высшаго начальства, а также благодаря сокровенности всего, проис-

---

[1]) Когда среди каторжанъ, съ одной стороны, часто проявляется крѣпкое товарищество и процвѣтаетъ принципъ невыдачи виновнаго, а въ другихъ случаяхъ не рѣже наблюдается ложный доносъ по злобѣ изъ-за пустяка, обставленный сговорившимися лжесвидѣтелями (о бытѣ каторжанъ въ этомъ отношеніи даютъ прекрасныя иллюстраціи Достоевскій, Чеховъ и Дорошевичъ).

[2]) П. 4 ст. 275 Уст. о ссыльныхъ.

Digitized by Google

ходящаго за высокими стѣнами каторжной тюрьмы, куда не проникаетъ могущественное вліяніе гласности, у тюремнаго начальства нерѣдко создается преувеличенное представленіе о полнотѣ и самостоятельности его власти, естественно передающееся низшимъ служащимъ. Все это вмѣстѣ взятое представляетъ собою благодатную почву для всякаго рода злоупотребленій, свѣдѣнія о которыхъ изрѣдка проникаютъ въ печать, а затѣмъ подтверждаются и офиціальнымъ разслѣдованіемъ, склоннымъ скорѣе преуменьшить, чѣмъ преувеличить рѣзкость штриховъ и густоту красокъ картинъ истязаній, случающихся въ русскихъ каторжныхъ тюрьмахъ [1]).

Переходя къ наказанію розгами, назначаемому каторжнымъ по приговору суда, надлежитъ замѣтить, что законъ устанавливаетъ это наказаніе въ единственномъ случаѣ,—когда ссыльно-каторжный «изобличенъ въ перемѣнѣ имени и, сверхъ того, въ одномъ или нѣсколькихъ изъ маловажныхъ преступленій или проступковъ» [2]). Наказаніе розгами до 100 ударовъ, къ которому тогда «приговаривается» виновный, служитъ какъ бы предварительною карою: его сперва сѣкутъ, а затѣмъ обращаютъ на самыя тяжкія работы и удлиняютъ срокъ пребыванія на каторгѣ [3]). Такимъ образомъ, разрѣшеніе вопроса о томъ, перемѣнился ли именемъ («смѣнялся», по терминологіи каторги) каторжный съ кѣмъ-либо другимъ, считается въ законѣ, съ одной стороны, достаточно сложнымъ, чтобы устранить этотъ вопросъ изъ компетенціи единоличнаго судьи-начальника [4]), а съ другой, достаточно простымъ, чтобы указать суду одну и ту же мѣру воздѣйствія на всякаго виновнаго—розги, что вполнѣ опредѣленно обозначено словомъ «приговаривается», не взирая на мотивы этого проступка и на разнообразіе сопровождающихъ его маловажныхъ преступленій. Ясно, что указывая суду родъ иныхъ наказаній для каторжныхъ за болѣе тяжкія дѣянія, въ данномъ случаѣ законодатель считаетъ розги единственно пригодной мѣрой исправленія для тѣхъ, кто пожелалъ именоваться не такъ, какъ онъ значится въ офиціальныхъ документахъ. Между тѣмъ, у тюремнаго начальства есть въ рукахъ дѣйствительное средство, дѣлающее всякую перемѣну

---

[1]) За послѣднія 6 лѣтъ эти истязанія не разъ бывали предметомъ обоснованныхъ запросовъ депутатовъ въ Гос. Думѣ. (См. напр. газету «Россія», 1910 г. № 1348 «Объ истязаніяхъ въ русск. тюрьмахъ».)

[2]) Ст. 264 § III п. 5 Уст. о ссыльн.

[3]) Несомнѣнный остатокъ пріемовъ XVIII вѣка, когда осужденнаго сперва били, а затѣмъ ссылали.

[4]) Хотя подъ опредѣленіе «маловажныхъ прест. и прост.», даваемое уставомъ о ссыльн., вполнѣ подходитъ предусмотрѣнное стт. 1416—1417 уложенія о нак. именованіе себя чужимъ именемъ.

Digitized by Google

именъ не болѣе, какъ покушеніемъ съ негодными средствами: я говорю про рекомендуемое главнымъ тюремнымъ управленіемъ фотографированіе и подробное описаніе осужденныхъ на каторгу и въ ссылку [1]).

Въ обоихъ видахъ, т.-е. и въ качествѣ административнаго взысканія, и въ качествѣ судебной кары, наказаніе розгами примѣняется въ отношеніи «испытуемыхъ» и «исправляющихся» каторжныхъ всѣхъ трехъ разрядовъ независимо отъ того преступленія, которое послужило причиной ихъ пребыванія на каторгѣ и того класса населенія, къ коему они принадлежали до осужденія. Освобождаются отъ розогъ безусловно всѣ женщины, а изъ мужчинъ — достигшіе 60 лѣтъ и увѣчные: для нихъ это наказаніе замѣняется одиночнымъ заключеніемъ на срокъ до 10 сутокъ [2]). Что касается больныхъ, то они освобождаются отъ розогъ условно, а именно до выздоровленія, послѣ чего, если по заключенію врача, они могутъ перенести удары, наказаніе приводится въ исполненіе.

Законъ устанавливаетъ очень сложный формальный порядокъ для пріостановленія или отмѣны уже начатаго наказанія розгами: «если подвергаемый наказанію розгами», гласитъ ст. 280 устава о ссыльныхъ, «не будетъ въ состояніи вслѣдствіе внезапно приключившейся ему болѣзни или слабости, выдержать опредѣленное ему число ударовъ, то производящій сіе наказаніе чиновникъ обязанъ остановить наказаніе и призвать врача». Эта статья не указываетъ, однако, что̀ должно служить показателемъ «приключившейся» болѣзни или слабости, и достаточно ли одного заявленія наказываемаго, и лишь изъ сопоставленія этой статьи со ст. 273 и 56 общ. тюр. инструкціи явствуетъ, что если наличность болѣзни опредѣляетъ до экзекуціи врачъ, обязанный осматривать каждаго, подлежащаго сѣченію арестанта, то во время исполненія наказанія для пріостановленія его достаточно заявленія наказываемаго или объективныхъ признаковъ, замѣчаемыхъ присутствующимъ чиновникомъ [3]). Далѣе, по уставу, если по мнѣнію врача подвергаемый наказанію розгами безъ явной опасности для его жизни не будетъ въ состояніи выдержать положенное число ударовъ, то для пріостановленія наказанія считается все-таки недостаточнымъ заявленіе

---

[1]) Цирк. нач. гл. тюр. управл. 7. II 1885 г. № 175 и отд. II «Наставленія о порядкѣ освидѣтельствов. каторжныхъ» (Соб. Узак. 1905 № 23, ст. 217).

[2]) П. 2 ст. 261 Уст. о ссыльн.

[3]) Мыслимы, конечно, случаи, когда самъ наказываемый не заявитъ, объективныхъ признаковъ, не замѣтятъ присутствующіе, а болѣзнь все же приключится; но ни въ законѣ, ни въ инструкціяхъ о такихъ случаяхъ не говорится.

Digitized by Google

врача объ этомъ: требуется, чтобы врачъ не только констатировалъ «явную опасность для жизни», но и «тщательно освидѣтельствовалъ преступника», а затѣмъ подробно изложилъ бы на бумагѣ свои мотивы. Этого мало: свидѣтельства, составленныя тюремными врачами, должны быть повѣряемы врачебными отдѣленіями губернскихъ управленій (или замѣняющими ихъ учрежденіями), гдѣ можно, путемъ личнаго переосвидѣтельствованія преимущественно въ отношеніи вывода. Но и это еще не конецъ: каковъ бы ни былъ утвержденный врачебнымъ отдѣленіемъ выводъ, наказаніе еще не отмѣняется, а лишь пріостанавливается до новаго — и опять «тщательнаго» — освидѣтельствованія послѣ выздоровленія арестанта. И лишь въ томъ случаѣ, если тогда будетъ установлено наличіе неизлѣчимой болѣзни, освидѣтельствованный освобождается отъ розогъ, и наказаніе совершенно отмѣняется [1]).

Во всемъ этомъ порядкѣ пріостановленія и отмѣны назначенныхъ розогъ ясно проглядываетъ недовѣріе законодателя къ врачамъ, въ которыхъ, видимо, до сихъ поръ предполагаются постоянные защитники и ходатаи за наказуемыхъ [2]).

Кромѣ того, небезынтересно отмѣтить, что, если назначеніе розогъ ставится, какъ мы видѣли, почти внѣ контроля со стороны высшаго начальства, то совершенно противоположное постановленіе содержится въ законѣ относительно очевидно нежелательныхъ для законодателя случаевъ неисполненія назначенной экзекуціи: обо всѣхъ подобныхъ случаяхъ требуется немедленное донесеніе губернскому начальству съ приложеніемъ упомянутаго заключенія врача.

Разсмотрѣніе всѣхъ приведенныхъ выше постановленій дѣйствующаго у насъ закона относительно розогъ, какъ наказанія для ссыльно-каторжныхъ, приводитъ къ заключенію, что это наказаніе не только не обнаруживаетъ тенденціи вымиранія, но, наоборотъ, обставлено такимъ образомъ, что, во-первыхъ, можетъ быть практикуемо весьма широко, а во вторыхъ, будучи назначено, почти всегда приводится въ исполненіе, такъ какъ для замѣны, отмѣны и даже пріостановленія его въ законѣ содержится цѣлый рядъ препятствій.

---

[1]) Ст. 280 Уст. о ссыльн.

[2]) Еще Достоевскій въ своихъ «Запискахъ изъ мертваго дома», разсказывая про каторжныхъ, скрывающихся въ госпиталь изъ страха предстоящаго тѣлеснаго наказанія, замѣчаетъ: «извѣстно всѣмъ арестантамъ во всей Россіи, что самые сострадательные для нихъ люди — доктора... — истинное прибѣжище для арестантовъ во многихъ случаяхъ» (стран. 56 въ изд. Маркса 1894 г.).

Digitized by Google

2. Въ подобномъ же положеніи находится у насъ вопросъ о розгахъ для ссыльно-поселенцевъ: и къ нимъ это наказаніе примѣняется какъ въ дисциплинарномъ порядкѣ, такъ и по приговору суда.

Въ качествѣ мѣры административнаго воздѣйствія ссыльно-поселенцы могутъ быть подвергаемы наказанію розгами не свыше 100 ударовъ на ряду съ другими дисциплинарными взысканіями [1]) за тѣ же самые «маловажныя преступленія и проступки», которые считаются таковыми и въ отношеніи каторжныхъ, и къ которымъ относятся еще: кратковременныя самовольныя отлучки изъ мѣстъ поселенія и просрочки отпусковъ не долѣе 1 мѣсяца (во время работъ на заводахъ—не долѣе 7 дней), «нерадѣніе къ домообзаводству», а равно и всѣ спеціальные проступки, считающіеся и для каторжныхъ нарушеніями порядка и благочинія [2]).

Казалось бы, что, если сохраняются до сихъ поръ дисциплинарныя взысканія для ссыльно-поселенцевъ, то слѣдовало бы ихъ назначать совсѣмъ на иныхъ, чѣмъ для каторжанъ, основаніяхъ: каторга и поселеніе слишкомъ различны между собою по характеру наказанія и режиму жизни наказуемыхъ, чтобы можно было, вводя такое однообразіе, регламентировать каждый шагъ поселенца. Та мѣра свободы, которой долженъ пользоваться поселенецъ по сравненію съ находящимся въ тюрьмѣ ссыльно-каторжнымъ, и на которую разсчитываетъ законодатель, какъ на стимулъ исправленія (другой вопросъ, насколько достаточна эта мѣра свободы и насколько состоятельна ссылка, какъ наказаніе), должна бы служить исходнымъ пунктомъ при рѣшеніи вопроса о способѣ, предѣлахъ и условіяхъ начальственнаго воздѣйствія на ссыльно-поселенца.

Между тѣмъ, дѣйствующее право предоставляетъ административной власти наказывать поселенцевъ за малѣйшіе дисциплинарные проступки, при чемъ минимальнымъ (т.-е. и наиболѣе частымъ) наказаніемъ являются именно розги, которыя опредѣляются виновнымъ «окончательно» до 30 ударовъ—становыми (въ городахъ—городскими) приставами и даже волостными правленіями; если же, по мнѣнію тѣхъ же лицъ, поселенецъ долженъ быть наказанъ свыше 30 и до 100 ударовъ, то на такое наказаніе испрашивается ими разрѣшеніе исправника или полицеймейстера, которые и самостоятельно опредѣляютъ это наказаніе, когда проступку по-

[1]) Арестъ при полиціи либо волости или употребленіе въ общественную работу на срокъ не болѣе 3 мѣс., отдача въ работу на заводъ или въ исправительное арестанское отдѣленіе до 1 года, заключеніе въ тюрьмѣ до 2 лѣтъ (ст. 238 Уст. о ссыльн.)

[2]) Нетрезвое и буйное поведеніе, лѣность къ работѣ, своевольство и др. (стт. 235 и 236).

Digitized by Google

селенца по общимъ уголовнымъ законамъ соотвѣтствуетъ бо́льшая кара, именно, тюрьма съ лишеніемъ нѣкоторыхъ правъ [1]). Наконецъ, такъ какъ высшая дисциплинарная власть относительно ссыльно-поселенцевъ принадлежитъ губернатору, то наказаніе розгами можетъ быть назначено и по его распоряженію [2]); когда же поселенецъ содержится въ тюрьмѣ, это же взысканіе накладывается на него властью начальника тюрьмы [3]).

Всѣ эти лица—отъ волостного старшины до губернатора, осуществляя свою судебно-карательную власть въ отношеніи ссыльно-поселенцевъ, не связаны никакими формальностями при разсмотрѣніи дѣлъ объ ихъ преступленіяхъ и проступкахъ: даже производство полицейскаго дознанія не считается обязательнымъ [4]), а единственнымъ слѣдомъ и внѣшнимъ условіемъ назначенія наказанія является такая же запись въ штрафныя книги, какъ и установленная для каторжныхъ. Такимъ образомъ, все зависитъ отъ усмотрѣнія должностныхъ лицъ и отъ того толкованія карательныхъ правилъ, которое благоугодно будетъ дать ближайшему начальству поселенца; этимъ начальствомъ въ громадномъ большинствѣ случаевъ является волостной старшина или полицейскій приставъ [5]). И все-таки постановленныя въ этомъ исключительно-суммарномъ порядкѣ рѣшенія административныхъ властей по дѣламъ о «маловажныхъ преступленіяхъ и проступкахъ» поселенцевъ имѣютъ, по разъясненію сената, одинаковое съ судебными приговорами значеніе при разрѣшеніи вопроса о повтореніи преступныхъ дѣяній [6]).

Что касается примѣненія наказанія розгами ссыльно-поселенцевъ по приговору суда, то, во-первыхъ, къ нему «приговариваются изобличенные въ перемѣнѣ имени», соединенной съ маловажнымъ преступленіемъ или проступкомъ на основаніяхъ, схожихъ съ тѣми, которыя установлены для каторжныхъ: ихъ сперва наказываютъ розгами, а затѣмъ обращаютъ въ работу на заводъ до 1 года или заключаютъ въ исправительныя арестантскія отдѣленія либо въ тюрьму до 2 лѣтъ [7]). Во-вторыхъ, винов-

---

[1]) Пп. 1—5 ст. 274 Уст. о ссыльн.
[2]) Тамъ же, ст. 239.
[3]) Тамъ же, стт. 241 и 246.
[4]) Цирк. мин. вн. дѣлъ 1906 г., № 7648.
[5]) Неудачно построенный заборъ (какъ «нерадѣніе къ домообзаводству»), 1—2 выпитыхъ рюмки вина или запальчивый споръ (какъ «нетрезвое или буйное поведеніе»), смѣлое осуществленіе своего права (какъ «своевольство») и т. п. ничтожные поводы легко могутъ послужить для примѣненія къ ссыльно-поселенцу наказанія розгами по волѣ этого «начальства».
[6]) Рѣш. угол. кас. деп. 19/III 1902 г., № 32, по общ. вопросамъ.
[7]) Ст. 264 § III п. 5 Уст. о ссыльн.

Digitized by Google

ные въ первомъ побѣгѣ въ предѣлахъ Сибири и вмѣстѣ съ тѣмъ въ одномъ изъ маловажныхъ преступныхъ дѣяній, также наказываются розгами по приговору суда; но въ этомъ случаѣ розги могутъ быть замѣняемы однимъ изъ другихъ дисциплинарныхъ взысканій [1]). Примѣненіе розогъ въ послѣднемъ случаѣ допущено закономъ въ видѣ изъятія изъ общаго правила, по которому вообще при совокупности побѣга и маловажныхъ преступленій слѣдуетъ наказаніе по суду за побѣгъ. Чѣмъ вызвано такое исключеніе, — совершенно неясно изъ текста закона, тѣмъ болѣе, что при совершеніи побѣговъ внѣ предѣловъ Сибири или при 2-мъ и 3-мъ побѣгахъ въ Сибири же наказаніе розгами не назначается. Въ изданіяхъ устава о ссыльныхъ 1890 и 1906 годовъ мы находимъ то же постановленіе [2]), и это можетъ служить единственнымъ объясненіемъ происхожденія такого страннаго правила: видимо, оно сохранилось случайно при послѣдней кодификаціи 1909 года, какъ одинъ изъ недосмотровъ, какъ одна изъ другихъ непослѣдовательностей устава.

Относительно замѣны наказанія розгами для ссыльныхъ женщинъ, а также для престарѣлыхъ и увѣчныхъ мужчинъ должно замѣтить, что поселенцы поставлены въ худшія условія, чѣмъ каторжные: въ то время, какъ maximum наказанія въ этомъ случаѣ для дряхлаго каторжнаго или женщины — 10 сутокъ одиночнаго заключенія, такіе же ссыльно поселенцы могутъ быть отданы на 1 годъ въ работу на заводъ или заключены въ исправительныя арестантскія отдѣленія или тюрьму на срокъ до 2 лѣтъ [3]). За то въ отношеніи сложной процедуры освидѣтельствованія наказываемаго розгами на предметъ освобожденія его по болѣзни или слабости отъ экзекуціи уставъ опять уравниваетъ поселенцевъ съ каторжными [4]).

За этими изъятіями и примѣняется ко всѣмъ остальнымъ ссыльнопоселенцамъ на основаніи приведенныхъ выше правилъ наказаніе розгами безотносительно къ правамъ ихъ на освобожденіе отъ тѣлесныхъ наказаній до осужденія ихъ въ ссылку и независимо отъ того преступленія, за которое они были осуждены. Этотъ общеуравнительный порядокъ наказуемости ссыльныхъ издавна слиш-

---

[1]) Тамъ же, п. 2, «б».

[2]) Ст. 445 въ изд. 1890 г. гласитъ о плетяхъ для ссыльныхъ за побѣги во многихъ случаяхъ, а въ изд. 1906 г., на основаніи закона 2/VI 1903 г. — упоминались уже только розги и то въ этомъ единственномъ случаѣ.

[3]) П. I ст. 261 Уст. о ссыльн. по прод. 1909 г.

[4]) Ст. 280 относится какъ къ ссыльно-каторжнымъ, такъ и къ поселенцамъ, ибо говоритъ вообще о «подвергаемомъ наказанію розгами» по уставу о ссыльныхъ.

Digitized by Google

комъ прочно былъ усвоенъ административною властью, такъ какъ потребовалось спеціальное разъясненіе сената, указывающее, что лица, сосланныя въ порядкѣ административномъ, а не по суду, не должны быть подвергаемы наказанію розгами [1]). По другому разъясненію сената, поселенцы, переведенные въ разрядъ неспособныхъ къ физическому труду или помѣщенные въ заведенія общественнаго призрѣнія, могутъ быть наказываемы розгами только по приговору суда, а не полицейскимъ начальствомъ [2]). Не менѣе характернымъ для той же практики начальственнаго усмотрѣнія въ области карательной дѣятельности является запретъ, содержащійся въ общей тюремной инструкціи 1912 года, налагать тѣ же наказанія «на членовъ семействъ ссыльныхъ и пересыльныхъ арестантовъ, слѣдующихъ за ними» [3]).

Наличность подобнаго рода разъясненій краснорѣчивѣе всякихъ цифръ (статистическихъ данныхъ о наказаніи розгами главное тюремное управленіе не публикуетъ) говоритъ о фактическихъ предѣлахъ примѣненія розогъ къ ссыльнымъ на почвѣ нашего дѣйствующаго права.

3. Для лицъ, осужденныхъ въ исправительныя арестантскія отдѣленія, дѣйствующій законъ сохраняетъ наказаніе розгами до 50 ударовъ въ качествѣ высшаго дисциплинарнаго взысканія «за нарушеніе внутренняго порядка въ болѣе важныхъ случаяхъ», назначаемаго взамѣнъ мѣсячнаго ареста въ карцерѣ и примѣняемаго не ко всѣмъ арестантамъ этой категоріи, а лишь къ тѣмъ, которые до своего осужденія принадлежали къ разрядамъ населенія, не изъятымъ и до 1904 года отъ тѣлесныхъ наказаній [4]).

Такимъ образомъ, изъ 2 лицъ, совершившихъ одинаковый проступокъ въ одной и той же обстановкѣ, будетъ наказано розгами то, вина котораго усугубляется его происхожденіемъ отъ родителей, не попавшихъ въ привилегированный классъ до 1904 года. Подобнаго рода основаніе для наказуемости не можетъ быть названо иначе, какъ юридическимъ nonsens'омъ. Кромѣ того, точный смыслъ манифеста 11 августа 1904 года, отмѣнившаго тѣлесныя наказанія для всѣхъ полноправныхъ гражданъ, не оставлялъ сомнѣнія въ томъ, что разграниченіе россійскихъ подданныхъ на разряды «изъятыхъ» и «неизъятыхъ» отъ этихъ наказаній потеряло всякую силу и значеніе. Такъ и было это понято тогда и въ общей, и въ спе-

---

[1]) Рѣш. угол. кас. деп. 5/VI 1875 г., № 328.
[2]) Рѣш. общ. собр. 1 и кас. деп. 15/XII 1908 г., № 36.
[3]) Ст. 284.
[4]) Ст. 397 Уст. о сод. подъ стражею по прод. 1906 г.

Digitized by Google

ціальной юридической литературѣ [1]); но кодификація Устава о содержащихся подъ стражею и Уложенія о наказаніяхъ, предпринятая въ 1906 году, показала, что дѣйствующее право должно руководствоваться отмѣненными законами, и была создана особая категорія «лицъ, принадлежащихъ къ тѣмъ разрядамъ населенія, кои и до манифеста 11 августа 1904 года не были изъяты отъ наказаній тѣлесныхъ»; для этихъ лицъ и былъ сохраненъ въ законѣ цѣлый рядъ ограниченій въ правахъ [2]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ надлежитъ отмѣтить, что въ уставѣ и инструкціи нѣтъ указаній, какъ понимать «болѣе важные случаи» нарушенія порядка, и когда могутъ быть примѣняемы именно розги. Такимъ образомъ, и въ этомъ случаѣ рѣшеніе вопроса предоставлено усмотрѣнію начальства, при чемъ самое назначеніе наказанія розгами дѣлается по соглашенію начальника мѣста заключенія съ надлежащимъ лицомъ прокурорскаго надзора и тюремнымъ инспекторомъ съ утвержденія губернатора [3]). Основаніемъ для этого «соглашенія,» какъ сказано въ общей тюремной инструкціи, является не производство какого-либо дознанія или разслѣдованія, а мотивированное постановленіе смотрителя тюрьмы. Затѣмъ, если наказаніе розгами будетъ назначено, подлежащій ему арестантъ свидѣтельствуется тюремнымъ врачомъ, по заключенію котораго розги могутъ быть замѣнены инымъ дисциплинарнымъ взысканіемъ. Если же присоединить сюда обычную запись наказанія въ штрафную книгу и правило о томъ, что тѣлесное наказаніе содержащимся въ больницѣ не можетъ быть вообще назначено безъ согласія врача, то вотъ и всѣ постановленія дѣйствующаго права относительно розогъ въ арестантскихъ отдѣленіяхъ [4]). Изъ нихъ видно, что здѣсь наказанія розгами практикуются въ меньшихъ предѣлахъ, чѣмъ на каторгѣ и въ ссылкѣ, но если принять во вниманіе: 1) что льгота освобожденія отъ тѣлесныхъ наказаній, распространяемая въ Россіи съ XVIII вѣка, до 1904 года не коснулась еще и половины гражданъ нашего отечества; 2) что большинство преступленій, караемыхъ именно отдачею въ исправительныя арестантскія отдѣленія, какъ разъ совершается людьми непривиле-

---

[1]) См., напримѣръ, статьи В. А. Мякотина, К. Берманскаго и М. М. Боровитинова въ журналѣ «Право» за 1904 годъ (стран. 1727—32, 2059—62 и 3441—48).

[2]) Кромѣ наказаній розгами и наложенія кандаловъ, о чемъ идетъ рѣчь въ настоящ. очеркѣ, для этихъ лицъ установлены: особый порядокъ отбыванія ареста (ст. 56 улож. о нак.), излишнія ограниченія въ правахъ по освобожденіи изъ арестантскихъ отдѣленій (ст. 46[1]) и замѣна тюрьмою исключенія изъ службы (ст. 87).

[3]) Ст. 400 Уст. сод. стр.

[4]) Стт. 271—273 и 278 инструкціи и ст. 403 Уст. сод. стр.

Digitized by Google

гированныхъ разрядовъ, и 3) что исправительныя арестантскія отдѣленія (имѣющія быть въ неизвѣстномъ будущемъ передѣланными въ «исправительные дома» по недѣйствующему до сихъ поръ уголовному уложенію 1903 г.) — самое частое наказаніе изъ числа соединенныхъ съ праволишеніями по Уложенію о наказаніяхъ, особенно послѣ отмѣны ссылки на житье, — то приходится притти къ заключенію о томъ, что область примѣненія розогъ въ этихъ отдѣленіяхъ вовсе не мала. Послѣднему обстоятельству способствуетъ и то, что, какъ показываетъ практика[1]), тюремному начальству не предстаВляется затрудненій исходатайствовать у подлежащихъ властей санкцію на исполненіе экзекуціи. Кромѣ того, наше законодательство XX вѣка рядомъ съ ограниченіемъ области примѣненія розогъ установило и нѣкоторыя правила, расширяющія эту сферу: по закону 23 мая 1901 года розги могутъ быть назначаемы не только во время пребыванія осужденныхъ въ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленіяхъ, но и въ то время, когда эти лица до отправленія ихъ къ мѣсту назначенія содержатся въ тюрьмахъ общаго устройства[2]).

Что касается случаевъ замѣны розогъ иными наказаніями, то Уставъ о содержащихся подъ стражею умалчиваетъ о нихъ, и на основаніи сказаннаго выше — участь дряхлыхъ мужчинъ находится цѣликомъ въ рукахъ тюремныхъ врачей; относительно же женщинъ находимъ въ Уложеніи о наказаніяхъ категорическій запретъ подвергать ихъ экзекуціи[3]). За то во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, по Уставу, примѣненіе розогъ влечетъ за собою ео ipso новое наказаніе для арестанта: наказанный тѣлесно болѣе 2 разъ можетъ быть перечисленъ въ отрядъ исправляющихся не ранѣе какъ черезъ 2 года послѣ послѣдняго раза[4]). На этомъ основаніи легко можетъ случиться, что все время своего пребыванія въ отдѣленіи заключенный такъ и не воспользуется законной льготой перевода въ число исправляющихся, хотя бы его поведеніе, кромѣ 3 случаевъ, окончившихся (по волѣ начальства и благодаря непринадлежности его предковъ къ привилегированнымъ классамъ) наказаніемъ розгами, было безупречно. Такое уже, такъ сказать, трехстепенное наказываніе, установленное въ законѣ категорически и безо всякихъ оговорокъ, казалось бы, вовсе непослѣдовательно отягчаетъ и безъ того нелегкое положеніе арестанта.

---

[1]) Немирскій, Назв. соч., стран. 32. Боровитиновъ, Назв. соч., стран. 34—43.
[2]) Ст. 401 Уст. о сод. стр. по прод. 1906.
[3]) Ст. 2 прилож. 1 къ ст. 30 Улож. о нак. по прод. 1910 г.
[4]) Ст. 320.

Digitized by Google

4. Примѣненіе розогъ въ качествѣ дисциплинарнаго взысканія къ нижнимъ чинамъ арміи и флота, содержащимся въ военно-тюремныхъ заведеніяхъ, основывается на томъ же разграниченіи осужденныхъ по принадлежности ихъ къ разрядамъ лицъ «изъятыхъ» или «неизъятыхъ» отъ тѣлесныхъ наказаній до 1904 года. Въ отношеніи послѣднихъ въ дисциплинарныхъ частяхъ (батальонахъ, отдѣльныхъ ротахъ и командахъ) наказаніе розгами можетъ быть назначено до 100 ударовъ властью начальниковъ батальоновъ и отдѣльныхъ ротъ и до 30 ударовъ — ихъ ближайшими помощниками — ротными командирами и начальниками отдѣльныхъ командъ[1]). Въ военныхъ тюрьмахъ, которыя стоятъ на низшей ступени лѣстницы наказаній по военному и военно-морскому Уставамъ о наказаніяхъ, чѣмъ дисциплинарныя части, предѣльное число ударовъ — 50 — можетъ быть опредѣлено властью начальника тюрьмы и до 15 — его помощникомъ[2]). Вообще въ военно-тюремныхъ заведеніяхъ это наказаніе назначается за совершенные при увеличивающихъ вину обстоятельствахъ проступки, не влекущіе за собою преданія суду, но вопросъ о признаніи наличности «увеличивающихъ обстоятельствъ» предоставленъ цѣликомъ и безо всякаго контроля усмотрѣнію начальства[3]). Правда, съ формальной стороны начальникъ связанъ, кромѣ записи наказанія въ журналъ взысканій[4]), еще двумя требованіями: во-первыхъ, наказаны розгами могутъ быть лишь тѣ заключенные, относительно коихъ въ осуждающихъ ихъ приговорахъ значится указаніе суда на возможность наказыванія ихъ розгами, а во-вторыхъ, о каждомъ случаѣ примѣненія розогъ должно быть объявлено въ приказѣ по заведенію съ изложеніемъ самаго проступка. Но первая формальность сводится лишь къ обязанности суда, приговаривающаго даннаго нижняго чина въ военно-тюремное заведеніе, разобраться въ вопросѣ о томъ, принадлежитъ ли онъ къ категоріи «изъятыхъ» отъ тѣлесныхъ наказаній или нѣтъ[5]), а вторая установлена исключительно въ цѣляхъ педагогическихъ, что видно изъ требованія «прочитывать приказъ всѣмъ заключеннымъ въ назиданіе»[6]).

Правила наказанія розгами заключенныхъ военно-тюремныхъ заведеній въ ихъ послѣдней редакціи (приказъ по военному вѣ-

---

[1]) Стт. 74 и 79 кн. XVII Св. Воен. Пост. 1869 г., изд. 3 (1907 г.) — «Заведенія военно-тюремныя».
[2]) Тамъ же, ст. 168.
[3]) Цирк. отзывъ гл. военно-суд. управл. 2/XI 1905 г., № 7420.
[4]) Ст. 89 устава дисциплинарнаго.
[5]) Приказъ по военн. вѣд. 30/VII 1904 г. № 461.
[6]) Циркуляръ главн. штаба 1900 г., № 279.

Digitized by Google

домству № 461) были изданы 30 іюля 1904 года, а черезъ 12 дней — 11 августа — былъ опубликованъ общій манифестъ, въ которомъ возглашено повелѣніе: «тѣлесныя наказанія, установленныя по закону за проступки для сельскихъ обывателей и инородцевъ, а также другихъ лицъ, не изъятыхъ отъ сихъ наказаній по правамъ состоянія или особымъ узаконеніямъ, отмѣнить и ихъ впредь такимъ наказаніямъ не подвергать»[1]). И если руководствоваться общими юридическими принципами и буквальнымъ смысломъ этого закона, то можно признать, что манифестъ 11 августа, какъ болѣе поздній, отмѣнилъ собою правила 30 іюля Но въ дѣйствительности такой отмѣны не произошло, такъ какъ законъ 30/VII, какъ спеціальный, не могъ быть отмѣненнымъ закономъ общимъ, и тѣлесныя наказанія сохранились для военнослужащихъ вопреки общему закону[2]).

Кромѣ того, эти наказанія противорѣчатъ общему правовому положенію лицъ, содержащихся въ военно-тюремныхъ заведеніяхъ: какъ въ дисциплинарныя части, такъ и въ военныя тюрьмы приговариваются состоящіе на дѣйствительной военной службѣ нижніе чины только за спеціальныя воинскія преступныя дѣянія, не заключающія въ себѣ ничего позорящаго съ обще-гражданской и даже съ обще-уголовной точки зрѣнія[3]); законъ не устанавливаетъ для этихъ преступниковъ никакихъ правоограниченій послѣ военной службы и даже оставляетъ ихъ въ рядахъ арміи во время отбыванія ими наказанія[4]). Съ другой стороны, тотъ же законъ провозглашаетъ, что званіе солдата, какъ защитника родины, высоко и почетно[5]), и именно ради этого высокаго значенія воина предъявляетъ къ нему рядъ требованій относительно внѣшняго поведенія[6]). Тѣмъ же самымъ стремленіемъ «развить понятіе о воинской чести» у военнослужащихъ мотивирована была въ законѣ 30 іюля 1904 года отмѣна розогъ въ качествѣ дисциплинарной мѣры въ войскахъ для разряда штрафованныхъ. На такомъ же доводѣ было основано правило, по которому еще при существованіи розогъ, какъ наказанія по приговорамъ волостныхъ судовъ, лица, отбывшія воинскую повинность, освобожда-

---

[1]) Собр. Узак. 1904 г., № 1323, I, ст. I.

[2]) Проф. кн. С. А. Друцкой, Лекціи по военно-уголовному праву, в. IV, 1909 г., стран. 179.

[3]) Какъ, напр., нарушенія караульной службы, неповиновеніе, отказъ отъ исполненія нѣкоторыхъ обязанностей по убѣжденію и т. п.

[4]) Стт. 50—52 Воинскаго уст. о наказ. (кн. XXII Свод. Военн. Пост. 1869 г., изд. 3 по прод. 1907 г.).

[5]) Ст. 4 Уст. дисциплинарнаго.

[6]) Отд. I Уст. внутр. службы 1910 г.

Digitized by Google

лись навсегда отъ этой карательной мѣры [1]). Наконецъ, самое обоснованіе примѣненія розогъ къ военнослужащимъ на признакѣ принадлежности къ извѣстному сословію и вообще къ привилегированному классу неправильно при системѣ комплектованія арміи по принципу всеобщей повинности; неправильно это обоснованіе и потому, что по нашему закону военная служба даетъ извѣстныя права, а не наоборотъ [2]).

Такимъ образомъ, существованіе наказанія розгами въ военно-тюремныхъ заведеніяхъ, гдѣ съ точки зрѣнія дѣйствующаго же военнаго права необходимо поддерживать и развивать въ солдатѣ чувство чести, никакимъ образомъ не можетъ быть оправдано.

Подводя итогъ обозрѣнію приведенныхъ выше правилъ современнаго русскаго законодательства относительно условій и сферы примѣненія наказанія розгами, приходится притти къ выводу, что постановленія нашего права по этому вопросу не только не смягчаютъ извѣстныхъ всѣмъ отрицательныхъ свойствъ этого наказанія [3]), но и сами по себѣ въ высокой степени несовершенны съ юридической точки зрѣнія. Давно осужденное въ наукѣ и публицистикѣ, приводящее къ пагубнымъ результатамъ на практикѣ и не оправдывающее надеждъ его сторонниковъ [4]), наказаніе розгами сохраняется у насъ какъ бы по недоразумѣнію, и если производятся въ послѣднее время нѣкоторыя попытки упроченія его въ нашемъ законодательствѣ [5]), то эти же попытки, надо надѣяться, послужатъ поводомъ къ окончательному упраздненію розги, какъ не имѣющей болѣе никакого вѣскаго основанія оставаться въ русскихъ законахъ.

ГЛАВА II.

Оковы, наручники и связки.

Извѣстные намъ изъ исторіи различные мучительные способы заковыванія и приковыванія преступниковъ (колодки, цѣпи, лисичка, прутъ, ошейники, сковываніе по два, приковываніе

[1]) Ст. 102 Общ. Полож. о крестьянахъ, изд. 1879 г.

[2]) Проф. В. Д. Кузьминъ-Караваевъ, Ученіе о воинскомъ наказаніи. С.-Пб. 1903 г., стран. 15—16.

[3]) Тимофеевъ, Назв. соч., стран. 89 и сл. Таганцевъ, Назв. соч., стран. 1138—1141. А. Кистяковскій, Назв. соч., стран. 801 и сл.

[4]) Эти положенія вполнѣ обоснованы въ литературѣ, упомянутой выше.

[5]) Проектъ преобразованія каторги на основахъ, выработанныхъ въ 1910 г. комиссіей Хрулева, внесенный въ Госуд. Думу въ 1911 г., предполагаетъ сохранить розги для каторжныхъ, а по проекту мин. юстиціи въ 1913 г. предполагается ввести ихъ же для наказанія за такъ наз. «хулиганскіе проступки».

Digitized by Google

къ стѣнѣ, стулу, тачкѣ и т. п.) выродились постепенно, по мѣрѣ общаго смягченія карательной системы, въ примѣняемые и въ настоящее время по русскому праву оковы (или кандалы), наручники и связки. Эти пріемы обращенія съ наказываемыми обычно разсматриваются въ связи съ системами лишенія свободы, къ которымъ они служатъ дополненіемъ [1]). Однако, съ точки зрѣнія, установленной въ началѣ настоящаго очерка, всѣ способы законнаго причиненія физическихъ страданій наказываемому путемъ наложенія на его тѣло посторонних предметовъ, надлежитъ отнести къ тѣлеснымъ наказаніямъ, и вотъ почему: 1) лицу, заковываемому въ кандалы того или иного вида, несомнѣнно причиняются физическія страданія и отъ безчисленныхъ мелкихъ ударовъ по тѣлу при ношеніи ихъ, и отъ всегдашняго ограниченія привычныхъ и необходимыхъ для правильной жизни организма движеній (кромѣ мѣстныхъ раздраженій и поврежденій конечностей, нарушается правильность кровообращенія); 2) какими бы мотивами ни руководствовался законодатель, устанавливая этотъ пріемъ воздѣйствія на осужденнаго, онъ не можетъ не дѣлать это сознательно, т.-е. зная, что кандалы причиняютъ физическія страданія, назначать ихъ или не вычеркивать изъ кодекса; 3) по большей части эта мѣра является именно карой за преступныя дѣянія то въ видѣ дополнительнаго наказанія, то въ качествѣ дисциплинарнаго взысканія, и если ее примѣняютъ также и въ цѣляхъ предупрежденія, то изъ-за этого нельзя вычеркивать ее изъ разряда тѣлесныхъ наказаній; наконецъ, 4) въ самомъ законѣ мы находимъ категорическое признаніе того, что «заключеніе въ оковы» есть тѣлесное наказаніе [2]).

По дѣйствующему русскому праву, кандалы или оковы [3]) примѣняются и для отягченія участи осужденныхъ въ качествѣ наказанія добавочнаго, и въ видѣ самостоятельной кары за проступки

---

[1]) Сергѣевскій, Наказаніе въ русскомъ правѣ XVII в., 1887 г., глава III. Фойницкій, Ученіе о наказаніи 1889 г. Дриль, Ссылка во Франціи и Россіи, 1898 г. Филипповъ, О наказаніи по закон. Петра Вел., 1891 г.

[2]) Ст. 1 прилож. 1 къ ст. 30 Улож. о наказ. и ст. 409 Уст. о сод. подъ стражею.

[3]) Въ законѣ эти термины не различаются и потому должны быть употребляемы съ одинаковымъ значеніемъ: терминъ «оковы» лишь болѣе старый. — Сущность этого наказанія состоитъ въ томъ, что на руки (выше кисти) и на ноги (выше щиколки) надѣваются плоскія кольца (обручи) шириною въ $^3/_4$ вершка и толщиною около $^1/_4$ дюйма съ заклепками и мочками, къ которымъ прикрѣплены желѣзныя же цѣпи, дающія возможность разводить конечности на $^3/_4$ аршина. Ножныя цѣпи прикрѣплены ремнемъ къ поясу. Подъ обручи ножныхъ кандаловъ одѣты кожаные подкандальники. Вѣсъ кандаловъ отъ 5—$5^1/_2$ ф. (Ст. 408 Уст. о сод. подъ стражею и Высоч. утв. постановленіе совѣта министровъ 23/V 1901). Обручи, цѣпи и подкандальники называются также «арестантскими укрѣпленіями».

Digitized by Google

по приговору суда и по постановленію тюремнаго начальства, а, кромѣ того, и въ качествѣ способа воспрепятствованія побѣгу арестантовъ.

1. Въ первомъ отношеніи оковы присоединяются къ наказанію каторгой и, по общему правилу, носятся каторжными въ теченіе всего періода пребыванія ихъ въ отрядѣ испытуемыхъ (отъ 8 лѣтъ до 1 года въ зависимости отъ сроковъ основного наказанія), при чемъ безсрочные содержатся въ ручныхъ и ножныхъ, срочные — въ однихъ ножныхъ оковахъ[1]). Эта мѣра «усиленія наказанія», какъ называетъ оковы законъ, является такимъ образомъ, непосредственнымъ слѣдствіемъ судебнаго приговора и приводится въ исполненіе, какъ только послѣдній окончательно вступитъ въ законную силу [2]), а данный каторжный будетъ освидѣтельствованъ и зарегистрированъ въ установленномъ порядкѣ [3]).

По окончаніи сроковъ «испытанія» оковы снимаются съ каторжныхъ, но не иначе, какъ на основаніи представленія тюремнаго начальства о томъ, что данныя лица заслуживаютъ перевода въ отрядъ исправляющихся, такъ какъ подаютъ «надежду на исправленіе доказательствами покорности, воздержности, опрятности и трудолюбія». И лишь «по строгомъ разсмотрѣніи» этихъ свѣдѣній происходитъ это перечисленіе, при чемъ «объ этомъ объявляется въ присутствіи мѣстнаго высшаго начальства и приглашеннаго къ тому духовнаго лица (?), которое при семъ случаѣ объясняетъ важность даруемаго облегченія и обязанность употребить всевозможное стараніе, чтобы сдѣлаться вполнѣ достойными сей милости правительства» [4]). Но и послѣ этого торжественнаго акта кандалы могутъ быть опять надѣты на каторжныхъ властью тюремнаго инспектора, во-первыхъ, при обратномъ переводѣ въ отрядъ испытуемыхъ на срокъ до 4 лѣтъ[5]), и, во-вторыхъ, безъ такого перевода, но и безъ обозначенія срока ношенія кандаловъ [6]). Такимъ образомъ, нѣкоторые носятъ кандалы въ теченіе всего своего пребыванія на каторгѣ.

Въ такомъ же порядкѣ оказанія исключительной льготы кандалы могутъ быть снимаемы съ тѣхъ каторжныхъ, которые отличились хорошимъ поведеніемъ въ теченіе $^2/_3$ сроковъ испытанія,

---

[1]) Стт. 91 и 94 Уст. о ссыльн. по прод. 1909 г.
[2]) Примѣч. I къ ст. 407 Уст. о сод. подъ стражею.
[3]) См. ст. 15, 29 и 117. Наставленія о порядкѣ освидѣт. ссыльныхъ.
[4]) Стт. 96 и 97 Уст. о ссыльн. — Выраженіе «милость правительства», здѣсь, конечно, совершенно неумѣстно, такъ какъ при хорошемъ поведеніи арестанта начальство обязано его освободить отъ оковъ.
[5]) Тамъ же, п. 4 ст. 240.
[6]) Цирк. гл. тюр. управл. 1905 г., № 375 («Тюр. Вѣстн.» 1905 г., № 6.)

Digitized by Google

но тогда представленіе разрѣшается властью генералъ-губернатора или губернатора, которымъ предоставляется также право снятія оковъ съ каторжныхъ, не могущихъ носить оковы вслѣдствіе органическихъ недостатковъ или увѣчья [1]): здѣсь вопросъ разрѣшается исключительно канцелярской перепиской.

И только въ тѣхъ случаяхъ, когда кандалы мѣшаютъ работать, они могутъ быть снимаемы по распоряженію начальника тюрьмы, но лишь на время производства этихъ работъ [2]). Правда, каторгѣ извѣстны случаи, когда снятіе оковъ было устанавливаемо на время опредѣленныхъ работъ и болѣе высшимъ начальствомъ [3]), но эти случаи объяснялись стремленіемъ повысить во что бы то ни стало качество подневольнаго труда каторжанъ; при обыкновенныхъ же условіяхъ, когда не требуется ни особеннаго расположенія каторжныхъ къ изобрѣтаемой для нихъ работѣ, ни бо́льшаго успѣха ея, кандалы снимаются лишь тогда, если по самому характеру труда является необходимость въ быстрыхъ движеніяхъ (напр., распиливаніе лѣса, перелѣзаніе при постройкахъ и т. п.).

Наконецъ, оковы снимаются при тяжкихъ и изнурительныхъ болѣзняхъ, когда врачомъ будетъ «удостовѣрено, что дѣйствіе ихъ угрожаетъ больному опасностью или вредомъ»; но и здѣсь даже по отношенію къ тяжело больнымъ, требующимъ коечнаго лѣченія, законъ не довѣряетъ врачамъ, а предоставляетъ рѣшить вопросъ о снятіи кандаловъ и о замѣнѣ ихъ усиленіемъ больничнаго надзора «подлежащему тюремному начальству» [4]). Между тѣмъ, конечно, можно назвать много такихъ болѣзней, которыя, не будучи еще ни тяжкими, ни изнурительными, требуютъ однако прежде всего, покоя, отдыха, а потому и снятія надоѣдливыхъ цѣпей съ рукъ и ногъ.

Внѣ этихъ случаевъ каторжные носятъ свои кандалы постоянно, при чемъ отъ этого наказанія не освобождены и женщины, приговоренныя къ каторгѣ безъ срока: онѣ заключаются въ ручныя и ножныя оковы, но облегченнаго вѣса («мелкозвонъ» по терминологіи каторги); на срочныхъ же женщинъ каторжныхъ надѣваются лишь ножныя оковы и только въ дисциплинарномъ порядкѣ [5]). Эти, казалось бы, относительно гуманныя правила, однако, не могутъ быть признаны правомѣрными. Дѣло въ томъ, что въ приложеніи 1 къ ст. 30 Уложенія о наказаніяхъ, трактующемъ о ли-

[1]) Пп. 3 и 4 ст. 95 Уст. о ссыльн.
[2]) Тамъ же, п. 1.
[3]) Положенія комитета Сибирск. жел. дор. 13/V 1898 г., 9/V 1895 г. и 11/II 1899 г.
[4]) П. 2 ст. 95 Уст. о ссыльн. и п. 18 цирк. гл. тюр. упр. 8/VII 1910 г., № 28.
[5]) Ст. 94 Уст. о ссыльн.

Digitized by Google

цахъ, изъятыхъ отъ розогъ и оковъ, содержится категорическое правило ст. 2: «лица женскаго пола вовсе изъяты отъ наказаній тѣлесныхъ». И если прочія правила этого приложенія не примѣняются въ отношеніи мужчинъ-каторжныхъ, какъ лишенныхъ по суду тѣхъ правъ, которыя освобождали ихъ отъ тѣлесныхъ наказаній, то все-таки нѣтъ никакихъ основаній не примѣнять ст. 2 этихъ правилъ къ женщинамъ, такъ какъ освобожденіе ихъ отъ тѣлесныхъ наказаній основывается на неотъемлемой у нихъ принадлежности къ «лицамъ женскаго пола».

Дряхлые мужчины (старше 60 лѣтъ) носятъ кандалы все время своего пребыванія на каторгѣ, но послѣднее для нихъ частью сокращается, и частью замѣняется болѣе строгимъ режимомъ поселенія, при чемъ максимальный срокъ собственно каторги для нихъ — 3 года съ ношеніемъ ручныхъ и ножныхъ оковъ, а минимальный — 1 годъ въ ножныхъ[1]). Законъ не предписываетъ для дряхлыхъ облегчать вѣсъ оковъ, но практика это допускаетъ[2]), и такое исполненіе строгаго закона нельзя не признать цѣлесообразнымъ: людямъ, уже неспособнымъ къ труду, всякія оковы должны казаться во много разъ тяжелѣе, чѣмъ молодымъ и здоровымъ. На основаніи свидѣтельства врача тюремный инспекторъ можетъ и вовсе освободить этихъ каторжныхъ отъ ношенія оковъ, но тогда это освобожденіе компенсируется увеличеніемъ сроковъ пребыванія дряхлыхъ въ тюрьмѣ[3]). По этому правилу выходитъ, что престарѣлый и слабый каторжный принужденъ отбывать усиленное наказаніе именно за то, что онъ настолько дряхлъ, что не въ силахъ носить кандалы.

2. Обращаясь къ наложенію оковъ въ качествѣ самостоятельнаго наказанія за преступленія и проступки каторжныхъ, слѣдуетъ замѣтить, что оно можетъ послѣдовать по отношенію къ освобожденнымъ уже отъ оковъ испытуемымъ, какъ по приговору суда — за преступленія, влекущія за собою по общимъ законамъ лишеніе всѣхъ особыхъ правъ, — такъ и по постановленію тюремнаго начальства — за маловажныя преступленія и проступки. Въ первомъ случаѣ, налагая оковы на каторжнаго до окончанія срока испытанія, судъ имѣетъ право, если этого времени остается менѣе 8 мѣсяцевъ, продлить послѣднее еще на 8 мѣсяцевъ[4]); во-второмъ — опредѣляющему эту мѣру «окончательно» тюремному инспектору предоставляется накладывать кандалы лишь

---

[1]) Тамъ же, ст. 120, ч. I.
[2]) Цирк. гл. тюр. упр. 1905 г., № 831.
[3]) Ч. 2 ст. 120 Уст. о ссыльн.
[4]) Тамъ же, ст. 252.

Digitized by Google

на время, остающееся до перевода наказываемаго въ отрядъ исправляющихся [1]).

Тому же начальству и за тѣ же проступки принадлежитъ право заключенія въ оковы каторжныхъ отряда исправляющихся на нѣсколько недѣль или мѣсяцевъ до 1 года [2]). Кромѣ того, наложеніе ножныхъ оковъ до 1 года служитъ для срочныхъ каторжныхъ женщинъ всѣхъ отрядовъ и категорій замѣною одиночнаго заключенія по приговору суда (безсрочныя отбываютъ это заключеніе, но въ половинномъ противъ мужчинъ размѣрѣ) [3]).

Во всѣхъ этихъ случаяхъ законъ не указываетъ точно облагаемыхъ этой карой преступныхъ дѣяній, предоставляя и суду, и тюремному начальству широкій просторъ для усмотрѣнія. А такъ какъ никто и никогда не можетъ сказать, когда именно этотъ видъ тѣлеснаго наказанія будетъ умѣстенъ и цѣлесообразенъ, какому проступку и почему будетъ онъ соотвѣтствовать, то такой порядокъ, естественно, вноситъ большое разнообразіе въ рѣшеніе схожихъ юридическихъ казусовъ. Если же принять во вниманіе, что въ рукахъ тюремнаго начальства находится и переводъ изъ отряда исправляющихся въ отрядъ испытуемыхъ, и продленіе на годъ пребыванія каторжныхъ въ послѣднемъ, то картина получится еще болѣе полная: не надо ожидать исключительной обстановки, чтобы наблюдать самое частое заковываніе каторжныхъ въ кандалы и за незначительные проступки.

3. Не меньшій просторъ предоставляется усмотрѣнію тюремнаго начальства въ отношеніи примѣненія той же мѣры въ видѣ средства **для воспрепятствованія побѣгу арестанта** [4]). Законъ гласитъ, что «арестантъ, учинившій побѣгъ, а равно изобличенный въ покушеніи или приготовленіи къ побѣгу, можетъ быть заключенъ въ отдѣльную камеру и, сверхъ того, закованъ въ кандалы», если онъ не принадлежитъ къ тѣмъ категоріямъ арестантовъ, въ отношеніи коихъ эта мѣра не допускается [5]). Подъ «арестантами» уставъ разумѣетъ всѣхъ лицъ, содержащихся подъ стражею въ тюрьмахъ общаго устройства и исправительныхъ отдѣленіяхъ. И такъ какъ по дѣйствующимъ въ Россіи общимъ, особеннымъ и чрезвычайнымъ законамъ въ этомъ положеніи могутъ оказаться лица самыхъ различныхъ въ правовомъ отноше-

---

[1]) Тамъ же, ст. 240 и п. 2 ст. 275.
[2]) Тамъ же, п. 4б, ст. 240.
[3]) Тамъ же, ст. 261.
[4]) Непремѣнно заковываются лишь бѣглые ссыльные, задержанные на Китайской землѣ и препровождаемые для суда и наказанія въ ближайшій уѣздъ Сибири (ст. 267 Уст. о ссыльн.).
[5]) Ст. 407 Уст. о сод. подъ стражею.

Digitized by Google

ніи категорій [1]), то тотъ же уставъ подробно перечисляетъ разряды арестантовъ, на коихъ не могутъ быть наложены оковы; такимъ образомъ выясняется, что въ качествѣ способа воспрепятствованія побѣгу заключеніе въ оковы можетъ быть примѣняемо къ совершеннолѣтнимъ лицамъ мужского пола, не принадлежавшимъ до осужденія къ разряду изъятыхъ отъ тѣлесныхъ наказаній ранѣе 1904 года, если они приговорены въ ссылку на поселеніе или къ отдачѣ въ исправительныя арестантскія отдѣленія, или же если они содержатся въ качествѣ подслѣдственныхъ, либо подсудимыхъ, которымъ грозитъ наказаніе, соединенное съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія [2]).

Мѣра эта приводится въ исполненіе по распоряженію начальника мѣста заключенія и не только не обставлена какими-либо гарантіями ради соблюденія правъ заключеннаго, но и не ограничена срокомъ. Послѣднее обстоятельство даже подтверждено особымъ распоряженіемъ мин. юстиціи, въ коемъ признается «нецѣлесообразнымъ установленіе срока пребыванія въ кандалахъ арестанта, однажды покусившагося на побѣгъ» [3]). Вмѣстѣ съ тѣмъ мы нигдѣ не находимъ хотя бы приблизительныхъ указаній на то, какіе признаки должны быть понимаемы тюремнымъ начальствомъ въ «покушеніи» и «приготовленіи» къ побѣгу; такимъ образомъ, рѣшеніе вопроса въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ полностью зависитъ отъ усмотрѣнія этого начальства.

Между тѣмъ, казалось бы, что не только приготовленіе, но и покушеніе на побѣгъ при современныхъ требованіяхъ, предъявляемыхъ къ тюрьмамъ, должны бы вызвать со стороны тюремной администраціи не только болѣе гуманные, но и болѣе дѣйствительные способы воздѣйствія на арестанта: съ внѣшней стороны — усиленіе надзора, учащеніе повѣрокъ, переводъ въ другую камеру или въ общество другихъ арестантовъ, съ внутренней — отвлеченіе мыслей покушающагося на побѣгъ въ другую сторону, перемѣна работы, умственныя занятія и т. п. Къ тому же, какъ показываетъ практика, сами по себѣ кандалы не являются серьезнымъ препятствіемъ къ побѣгу [4]) и не удерживаютъ арестантовъ,

[1]) Перечень этихъ категорій доходитъ до 12, если принять во вниманіе содержаніе статей: 168 Уст. о сод. подъ стражею; 35 Полож. о земск. нач.; Прилож. къ ст. 205 Уст. пред. и пресѣч. прест. по прод. 1909 г. а равно и Полож. объ охранен. госуд. порядка, прилож. къ ст. 1 того же устава.

[2]) Стт. 408 и 409 Уст. о сод. подъ стражею.

[3]) См. примѣчаніе 4 къ ст. 407 того же устава въ комментированномъ изд. Рябчикова 1912 г.

[4]) Сообщенія о такихъ побѣгахъ и покушеніяхъ далеко не рѣдкій фактъ тюремной хроники: таковъ случай покушенія на побѣгъ 6 ссыльно-каторжныхъ изъ Бутырской тюрьмы въ Москвѣ весной 1913 г.; а въ Маріинской каторжной тюрьмѣ тѣ же кандалы не воспрепятствовали удавшемуся побѣгу 4 арестантовъ 4 сентября 1913 г.

Digitized by Google

которымъ удается преодолѣть всѣ остальные способы тюремнаго удержанія (замки, стражу и даже преслѣдованіе). Такое пониманіе второстепенной въ этомъ отношеніи роли кандаловъ, видимо, не чуждо высшей тюремной администраціи: главное тюремное управленіе въ своихъ циркулярахъ не упоминаетъ про кандалы ни при перечисленіи необходимыхъ по его мнѣнію мѣропріятій для предупрежденія побѣговъ [1]), ни въ тѣхъ случаяхъ, когда требуетъ доносить объ обстоятельствахъ уже совершившихся побѣговъ [2]), ни, наконецъ, въ тѣхъ перечняхъ особыхъ мѣръ, гдѣ указывается чуть ли не каждый шагъ тюремныхъ служащихъ для предупрежденія насильственнаго освобожденія арестантовъ [3]) и нападеній послѣднихъ на стражу [4]). Общая тюремная инструкція тоже предоставляетъ замѣнять оковы другими средствами предупрежденія побѣговъ, и лишь оговорка о томъ, что такая замѣна должна происходить подъ личной отвѣтственностью начальниковъ тюремъ [5]), связываетъ иниціативу послѣднихъ.

Все это, вмѣстѣ взятое, заставляетъ притти къ тому выводу, что спеціальный мотивъ примѣненія кандаловъ въ качествѣ предупредительной мѣры отходитъ на послѣдній планъ, а на первое мѣсто выступаетъ опять-таки карательное значеніе этого средства, тѣмъ болѣе, что и самый текстъ приведенной выше статьи говоритъ объ «учинившемъ» побѣгъ и объ «изобличенномъ» въ покушеніи или приготовленіи. Кандалы же, какъ тѣлесное наказаніе за побѣгъ, не могутъ быть признаны цѣлесообразными, такъ какъ они не могутъ ни устрашить будущихъ совершителей этого дѣянія (будущихъ мечтателей о свободѣ), ни оказать полезное воздѣйствіе на «изобличенныхъ» виновниковъ, такъ какъ область этого воздѣйствія и мотивы проступка находятся въ различныхъ плоскостяхъ.

Что касается той же мѣры въ отношеніи подсудимыхъ и подслѣдственныхъ, то съ точки зрѣнія общеизвѣстныхъ принциповъ уголовнаго права и процесса ее тоже нельзя одобрить, какъ значительное ухудшеніе положенія лицъ, не признанныхъ еще виновными въ какомъ-либо преступномъ дѣяніи и не могущихъ быть вознагражденными, въ случаѣ ихъ оправданія судомъ, за причиненныя имъ физическія страданія.

---

[1]) Цирк. гл. тюр. упр. 2/XI 1902 г. № 9 и цирк. мин. юстиціи 22/XI 1907 г., № 35.

[2]) Циркуляры гл. тюр. упр. 18/VII 1907 г., № 15, и 6/III 1901 г., № 4, и даже болѣе старый циркуляръ, на который ссылается послѣдній, — 15/I 1892 г., № 6, требуя подробнаго донесенія, не спрашиваютъ о томъ, были ли бѣжавшіе въ оковахъ.

[3]) Цирк. 22/IV 1906 г., № 7.

[4]) Цирк. 1/IX 1909 г., № 44.

[5]) Ст. 282 Общ. тюр. инстр. 1912 г.

Digitized by Google

4. Остается упомянуть про исключительное постановленіе нашего закона, ведущее свое начало отъ времени покоренія Кавказа и Закаспійской области: кромѣ перечисленныхъ выше случаевъ заключенія въ оковы, послѣднія могутъ быть надѣваемы въ губерніяхъ и областяхъ Закавказья и Закаспійской на всѣхъ лицъ, содержащихся подъ стражею «въ другихъ случаяхъ, когда эта мѣра признается необходимой, съ разрѣшенія уѣздныхъ начальниковъ». Законъ не поясняетъ, что должно разумѣть подъ этими «другими случаями», требуетъ только въ видахъ контроля отъ уѣздныхъ начальниковъ немедленнаго донесенія губернаторамъ и грозитъ привлеченіемъ за превышеніе власти при «неосновательности» закованія [1]). Такое расширеніе полномочій административной власти, можетъ быть, и считалось необходимымъ въ свое время, когда изъ центра смотрѣли на вновь завоеванныя области, какъ на такія земли, гдѣ никоимъ образомъ не могутъ быть вводимы общіе законы имперіи; можетъ быть, и находились тогда достаточныя оправданія для подобныхъ пріемовъ. Но теперь, наканунѣ распространенія на эти области всѣхъ обще-имперскихъ законовъ, конечно, невозможно изобрѣсти малѣйшее серьезное основаніе для сохраненія столь исключительнаго и архаическаго правила, какъ заковываніе въ кандалы всякаго арестанта по усмотрѣнію полномочнаго начальства.

5. Кромѣ заключенія въ оковы, нашему современному праву извѣстно еще надѣваніе наручниковъ (или «наручней») и связокъ. И тѣ, и другія представляютъ собою лишь разновидность ручныхъ кандаловъ, отличаясь отъ послѣднихъ тѣмъ, что соединеніе обручей съ цѣпями дѣлается не кузнечнымъ способомъ, а при помощи замка [2]).

По общему правилу, наручники надѣваются въ пути на тѣхъ изъ пересыльныхъ арестантовъ, которые могутъ быть заключены и въ оковы [3]). Но рядомъ съ этимъ постановленіемъ дѣйствуетъ правило другого характера: по уставу конвойной службы, «въ случаяхъ покушенія на побѣгъ, буйства, или неповиновенія распоряженію либо приказанію начальника конвоя, неисполненія законныхъ требованій конвоя, или иного важнаго нарушенія дисциплины или порядка, арестанты могутъ быть по распоряженію начальника конвоя подвергнуты наложенію наручниковъ или предупредительныхъ связокъ»[4]). Изъ текста этой статьи явствуетъ:

---

[1]) Примѣч. 2-е къ ст. 407 Уст. сод. стр.
[2]) Цирк. гл. тюр. уп. 7/IV 1907 г., № 7.
[3]) Ст. 410 Уст. сод. стр.
[4]) Ст. 188 Уст. конв. сл. 1907 г.

Digitized by Google

1) что начальникъ конвоя (большею частію, нижній чинъ) уполномоченъ надѣть наручники на арестантовъ всѣхъ категорій, а въ томъ числѣ и на тѣхъ, которые освобождены отъ заключенія въ кандалы, такъ какъ уставъ конвойной службы не знаетъ разграниченія «изъятыхъ» и «неизъятыхъ» отъ наручниковъ; 2) что тотъ же начальникъ конвоя облеченъ дисциплинарною властью въ отношеніи всѣхъ арестантовъ, обязанныхъ не только исполнять его «законныя требованія», но и «распоряженія либо приказанія», хотя бы они были незаконны; 3) что надѣваніе наручниковъ или связокъ имѣетъ своею цѣлью не только предупрежденіе побѣга, но и кару за нарушеніе порядка. Уставъ не поясняетъ, о какой «дисциплинѣ» здѣсь говорится, а такъ какъ начальникъ конвоя военнослужащій, то ясно, что онъ будетъ требовать отъ арестантовъ соблюденія воинской дисциплины. Къ тому же каждую партію сопровождаетъ въ походѣ подвода съ «арестантскими укрѣпленіями», т.-е. наручниками, и конвойнымъ запрещается складывать на эту подводу свои шинели и др. мелкія вещи, пока на ней есть наручники [1]). Такимъ образомъ, правила особеннаго закона, которыми обязаны руководствоваться чины конвоя (уставъ конвойной службы 1907 года изданъ въ порядкѣ ст. 96 Осн. Зак.), лишь подъ другимъ названіемъ «наручниковъ», но сохраняютъ кандалы для тѣхъ категорій арестантовъ, которыя по общему закону освобождены отъ этого наказанія. Что касается «связокъ», то существованіе ихъ въ этомъ уставѣ послѣ того, какъ Государственная Дума въ засѣданіи 22 мая 1907 года отвергла законъ, проведенный о нихъ въ порядкѣ ст. 87 Осн. Зак. [2]), является особенно неправомѣрнымъ.

6. Есть въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ еще одинъ способъ непосредственнаго воздѣйствія на арестанта, безусловно причиняющій послѣднему физическія страданія: смирительная рубашка, концы рукавовъ которой связываются на спинѣ, или смирительный поясъ, состоящій изъ ремней съ пряжками, нерѣдко замѣняемые на практикѣ простыми веревками. Примѣняется эта мѣра къ «буйствующимъ арестантамъ», подъ которыми законъ и тюремная практика разумѣетъ всѣхъ производящихъ безпорядокъ и требующихъ «усмиренія» лицъ, содержащихся подъ стражею гдѣ бы

---

[1]) Стт. 42, 43 и 48 Уст. о ссыльн. и стт. 50 и 244 Уст. конв. сл.

[2]) Выс. утв. положеніе совѣта министровъ 30/IX 1906 г. регулировало весьма подробно случаи надѣванія связокъ примѣнительно къ порядку, существующему для кандаловъ. Съ отмѣной этихъ правилъ, о чемъ главное тюр. управленіе извѣстило въ циркулярѣ 12/VI 1907 г., № 11, упоминаніе про связки сохранилось однако въ уставѣ конвойной службы, но безо всякихъ ограниченій сферы ихъ примѣненія.

Digitized by Google

то ни было [1]). По смыслу касающихся этого предмета постановленій, смирительная рубашка и замѣняющія ее приспособленія должны служить средствомъ обезвреживанія такого арестанта, на котораго не дѣйствуютъ никакіе иные способы успокоенія, какъ изоляція, уговоры, устраненіе предметовъ, могущихъ служить орудіями буйства, усиленіе надзора и т. п. Однако, мы не находимъ среди этихъ постановленій правила о томъ, что смирительная рубашка должна быть употребляема лишь въ крайнихъ случаяхъ, когда истощены болѣе гуманныя средства успокоенія [2]). Наоборотъ: отнесеніе этихъ правилъ къ главѣ о дисциплинарныхъ взысканіяхъ, съ одной стороны, и то широкое толкованіе, которое придается кассаціонной практикой понятію «буйство», [3]) съ другой стороны, даютъ возможность примѣнять эту мѣру въ качествѣ дисциплинарнаго взысканія за проступки. И тогда смирительная рубашка пріобрѣтаетъ характеръ тѣлеснаго наказанія: арестанту причиняются физическія страданія во время естественно возникающей борьбы при самомъ связываніи «буйствующаго», а затѣмъ, когда это приспособленіе бываетъ надѣто на тѣло арестанта, конечности его затекаютъ, правильность кровообращенія и дыханія нарушается, и естественныя отправленія организма пріостанавливаются.

Конечно, вполнѣ мыслимы въ тюремной практикѣ такіе случаи, когда въ интересахъ самого арестанта бываетъ необходимо связать его, но въ законѣ или инструкціи должны быть приведены соотвѣтствующія оговорки о томъ, что эта мѣра не есть наказаніе и примѣняется въ исключительныхъ случаяхъ, что принадлежности для связыванія должны быть мягкія и отнюдь не должны причинять связываемому физическія страданія (поэтому «поясъ» и веревка должны быть не только изъяты, но и категорически воспрещены).

Поэтому, обращаясь къ общей оцѣнкѣ мѣръ, перечисленныхъ въ настоящей главѣ, можно признать допустимою лишь смирительную рубашку въ видѣ предупредительной мѣры въ крайнихъ слу-

---

[1]) Ст. 396 Уст. о сод. подъ стражею; относительно примѣненія къ политич. преступникамъ — примѣчаніе къ той же статьѣ; о содержащихся при полиціи — разъясненіе гл. тюр. управл. по соглашенію съ департ. полиціи — опубликов. въ «Тюр. Вѣстн.» 1895 г., № 2, стран. 108. Общій порядокъ примѣненія указанъ въ ст. 276 тюр. инструкціи 1912 г.

[2]) Даже въ правилахъ препровожденія душевно больныхъ арестантовъ говорится, что «фельдшеръ, препровождающій ихъ, снабжается тюремнымъ начальствомъ смирительною рубашкою или замѣняющими ее приспособленіями, а въ случаѣ надобности и медикаментами» (п. 12 Правилъ 11/VI 1903 г.).

[3]) Сюда относятся не только ссоры, драки, бросаніе предметовъ, поврежденіе оконъ и дверей, но и перебранка, пѣніе пѣсенъ, крики, оскорбленія, споръ съ начальствомъ и вообще дѣйствія, нарушающія порядокъ и спокойствіе (Рѣш. угол. кассац. деп. сен. 1889 г. № 31, 1900 г. № 5, рѣш. гл. воен. суда 1896 г., № 63, 1907 г., № 83 и др.).

Digitized by Google

чаяхъ, и то при условіи соотвѣтствующихъ измѣненій въ законодательствѣ. Что касается кандаловъ и ихъ разновидностей (наручниковъ и связокъ), то они не цѣлесообразны въ качествѣ способа предупрежденія побѣговъ, какъ сказано было выше, а потому не могутъ быть признаны цѣлесообразными и въ качествѣ общей предупредительной мѣры отъ совершенія преступныхъ дѣяній, которымъ помѣшать сами по себѣ они не могутъ. Въ видѣ самостоятельнаго наказанія за преступленія и проступки кандалы также не выдерживаютъ критики: какъ и всякое тѣлесное наказаніе, они въ высшей степени неравномѣрно дѣйствуютъ на наказываемыхъ; причиняя физическія страданія, они пагубно вліяютъ и на психику заковываемыхъ, либо угнетая, либо озлобляя ихъ; наконецъ, неустранимый позорящій элементъ этого наказанія препятствуетъ созданію и упроченію въ наказанныхъ стимула исправленія. По тѣмъ же мотивамъ кандалы несостоятельны и въ качествѣ способа усиленія основного наказанія. И если уже законодательство стало на путь избавленія отъ оковъ нѣкоторыхъ группъ населенія, то, не желая игнорировать современнаго правосознанія, требующаго равенства всѣхъ передъ уголовнымъ закономъ, оно обязано исключить это наказаніе изъ дѣйствующаго кодекса и для остальныхъ гражданъ, тѣмъ болѣе, что постановленія этого кодекса, какъ было отмѣчено выше, весьма несовершенны сами по себѣ, какъ представляющія слишкомъ широкое поле для усмотрѣнія административной власти и лишающія арестантовъ примитивныхъ правовыхъ гарантій.

ГЛАВА III.

Физическія лишенія.

Разсматривая сохранившіяся въ русскомъ правѣ тѣлесныя наказанія въ послѣдовательности, убывающей по интенсивности и непосредственности причиненія физическихъ страданій наказываемому, отъ розогъ и кандаловъ надлежитъ перейти къ тѣмъ карательнымъ средствамъ, которыя представляютъ собою спеціальныя физическія лишенія, препятствующія нормальной жизни человѣческаго организма. Послѣдній признакъ является присущимъ и тѣмъ тѣлеснымъ наказаніямъ, когда страданія причиняются путемъ наложенія на тѣло наказываемаго постороннихъ предметовъ, но этотъ элементъ — скорѣе слѣдствіе, чѣмъ цѣль только что раз-

Digitized by Google

смотрѣнныхъ видовъ тѣлесныхъ наказаній: при наложеніи кандаловъ тѣ или иныя лишенія, отражающіяся на дальнѣйшей жизни организма, появляются уже какъ бы сами собою, — какъ второстепенный результатъ. Между тѣмъ, въ нашемъ же правѣ содержится еще цѣлый рядъ такихъ наказаній, когда именно физическія лишенія служатъ непосредственной цѣлью извѣстныхъ воздѣйствій карательной власти. Сюда надлежитъ отнести: 1) постановку «подъ ружье», 2) ограниченіе въ пищѣ и питьѣ, 3) лишеніе свѣта, 4) ограниченіе въ пользованіи свѣжимъ воздухомъ, 5) содержаніе въ температурѣ ниже нормы и 6) лишеніе подстилки[1]). Наказанія этого ряда, назначаемыя за преступныя дѣянія отчасти по приговору суда, отчасти въ дисциплинарномъ порядкѣ, характеризуются тѣмъ, что они не доставляютъ наказываемому острой физической боли, а разсчитаны законодателемъ именно на длительность воздѣйствія ихъ на организмъ, чѣмъ и причиняютъ физическія страданія.

1. Постановка подъ ружье—одно изъ наказаній, налагаемыхъ на нижнихъ воинскихъ чиновъ вслѣдствіе судебнаго приговора или властью начальства. По общему правилу, оно назначается въ тѣхъ случаяхъ, когда содержаніе наказываемаго подъ арестомъ окажется невозможнымъ по квартирнымъ условіямъ или вслѣдствіе переполненія карцеровъ и гауптвахтъ. Вольноопредѣляющіеся, а равно и тѣ изъ жеребьевыхъ, которые пользуются по правамъ образованія сокращенными сроками службы, взамѣнъ простого ареста ставятся подъ ружье за каждый день на одинъ часъ. Остальные рядовые и ефрейторы взамѣнъ простого ареста назначаются на хозяйственныя работы по командѣ, взамѣнъ строгаго ареста — ставятся подъ ружье за каждый день по 2 часа, а вмѣсто ареста усиленнаго — два раза въ день по 2 часа[2]). Такимъ образомъ, вмѣсто простого ареста можетъ быть назначено отстоять подъ ружьемъ по 1 часу въ день въ теченіе 30 дней, вмѣсто строгаго двадцать дней по 2 часа и вмѣсто усиленнаго 8 дней по 4 часа въ день[3]).

На практикѣ строевое начальство нерѣдко примѣняетъ постановку подъ ружье и при наличности свободныхъ карцеровъ, глав-

---

[1]) Физическая работа, а равно нѣкоторые неустановленные въ законѣ, но практикуемые кое-гдѣ способы тѣлеснаго наказанія (какъ, напр., занятія гимнастикой за проступки до переутомленія и т. п.) не включены сюда, какъ не подходящіе подъ данное въ началѣ настоящаго очерка опредѣленіе понятія тѣлеснаго наказанія.

[2]) Стт. 19 и 20 Устава дисциплинарнаго (кн. XXIII Свод. Воен. Пост. 1869 г., изд. 3—1907 г.) и цирк. гл. штаба 1891 г., № 219.

[3]) Тамъ же, стт. 13 и 74.

Digitized by Google

нымъ образомъ, потому, что у многихъ начальниковъ давно сложилось отрицательное отношеніе къ аресту, какъ наказанію. Бездѣлье, которому предаются арестованные, возможность взаимнаго дурного вліянія (вслѣдствіе недостатка карцеровъ, подслѣдственные и подсудимые нерѣдко содержатся вмѣстѣ съ наказанными по суду и въ дисциплинарномъ порядкѣ)[1]), нежеланіе начальства лишать роту или команду иногда необходимаго работника, сложный формальный порядокъ выпуска и отправленія подъ арестъ: все это, вмѣстѣ взятое, заставляетъ искать наказаніе болѣе кратковременное и могущее быть исполненнымъ немедленно, болѣе простую, но достаточно интенсивную мѣру воздѣйствія на провинившагося. Такимъ наказаніемъ какъ разъ и является постановка подъ ружье, — наказаніе быстрое, дешевое, легко исполнимое и достаточно чувствительное, т.-е. обладающее именно всѣми, такъ называемыми «положительными» сторонами тѣлесныхъ наказаній вообще. Поэтому, когда въ цѣляхъ интенсивности прохожденія солдатской науки бываетъ необходимо экономить время, приказы по военному вѣдомству прямо предписываютъ замѣнять арестъ во всѣхъ случаяхъ постановкой подъ ружье, т.-е. не только при наказываніи въ порядкѣ дисциплинарномъ, но и при исполненіи начальствомъ приговора суда, назначившаго данному нижнему чину какой-либо видъ ареста[2]).

Самое наказаніе заключается въ томъ, что нижній чинъ долженъ сперва одѣть на себя всѣ принадлежности полной боевой походной аммуниціи, взять на плечо винтовку и, имѣя на себѣ 72 фунта разнаго груза, стать на указанное ему мѣсто, а затѣмъ, не сходя съ мѣста, не двигаясь и лишь поворачивая голову для отданія чести, пребывать въ напряженномъ состояніи, опредѣленномъ въ строевомъ уставѣ, послѣ команды «смирно»[3]). Мѣстомъ для стоянія наказываемыхъ избирается обыкновенно такое, гдѣ или начальники ихъ, или спеціально предупрежденные объ этой обязанности дневальные могли бы наблюдать за тѣмъ, чтобы наказанный не отставлялъ ноги, не опускалъ штыка, не прислонялся, не двигался, не садился и не разговаривалъ съ проходящими.

Такое положеніе наказаннаго солдата не можетъ не быть мучительнымъ въ физическомъ отношеніи: уже одно неподвижное выстаиваніе часами на одномъ мѣстѣ достаточно тяжело, какъ неестественное положеніе бодрствующаго человѣка; если же къ этому

---

[1]) Проф. А. С. Лыкошинъ, Уставъ дисциплинарный 1908 г., стран. 8.

[2]) Напр., во время учебныхъ сборовъ ратниковъ ополченія — § 7 инструкціи, прилож. къ прик. по военн. вѣд. 1892 г., № 30.

[3]) Стт. 19 и 77 Уст. дисципл.; относит. снаряженія — прилож. IV, § 1—22 къ уставу строев. пѣх. службы 1910 г.

Digitized by Google

прибавить все походное боевое снаряженіе и вооруженіе, гдѣ каждая вещь черезъ 20—30 минутъ послѣ начала отбыванія наказанія начинаетъ казаться вѣсящей вдвое, то нельзя не назвать этого наказанія истязаніемъ. Правда, ношеніе походнаго снаряженія должно быть привычнымъ для солдата. Но, во-первыхъ, полное снаряженіе въ обстановкѣ мирнаго времени солдатъ надѣваетъ весьма рѣдко (смотры, маневры), нося обычно во время ученья не болѣе одной четверти всѣхъ полагающихся на военное время вещей, а въ караульной службѣ и при большинствѣ упражненій ограничиваясь шинелью и патронными сумками; во-вторыхъ, на походѣ и вообще при движеніяхъ, всѣ предметы снаряженія пригоняются каждымъ то чуть-чуть выше, то ниже, то въ сторону отъ общепринятыхъ мѣстъ, и идущій постепенно приспособляется къ носкѣ этихъ вещей во время самаго похода; въ-третьихъ, когда снаряженіе надѣто въ качествѣ наказанія, оно просто-таки кажется солдату тяжелѣе, такъ какъ его вниманіе поневолѣ сосредоточивается на его ощущеніяхъ, а не развлекается, какъ на походѣ.

Кромѣ того, мы нигдѣ не находимъ указаній относительно запрещенія постороннимъ проходить мимо наказаннаго, почему въ условіяхъ войсковой дѣйствительности постановка подъ ружье обращается въ своеобразное выставленіе у позорнаго столба и, какъ таковое, оказываетъ подавляющее вліяніе на психику наказаннаго.

2. Ограниченіе въ пищѣ и питьѣ, по нашему закону, примѣняется по суду въ качествѣ главнаго и въ качествѣ замѣняющаго наказанія, а также и въ видѣ дисциплинарнаго взысканія по распоряженію административной власти.

Въ качествѣ наказанія главнаго это физическое лишеніе, формулируемое закономъ, какъ «строгій арестъ», подъ которымъ разумѣется содержаніе на хлѣбѣ и водѣ, опредѣляется по приговору волостного суда. Въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ, по «временнымъ» правиламъ, дѣйствующимъ съ нѣкоторыми измѣненіями еще съ 1861 года, это наказаніе можетъ быть назначено на срокъ до 30 дней за проступки, караемые для лицъ, неподсудныхъ волостнымъ судамъ, обыкновеннымъ арестомъ по уставу о наказаніяхъ [1]). Въ мѣстностяхъ Европейской Россіи, гдѣ земскихъ начальниковъ не введено, то же содержаніе на хлѣбѣ и водѣ можетъ быть опредѣляемо волостнымъ судомъ на срокъ до 7 дней за проступки, особо перечисленные

---

[1]) Стт. 143 и 148 Общ. Полож. о крестьянахъ по прод. 1906 г. и циркулярное разъясненіе Мин. Вн. Дѣлъ 22 IX 1903 г., № 26138.

Digitized by Google

въ десяти изъ неотмѣненныхъ статей существующаго до сихъ поръ для этихъ судовъ сельскаго судебнаго устава 1839 года [1]).

Такимъ образомъ выходитъ, что за одинъ и тотъ же проступокъ лица, подсудныя волостнымъ судамъ, будутъ подвергнуты такому наказанію, которое не можетъ не оказать отрицательнаго вліянія на ихъ здоровье, а лица, этому суду не подсудныя, не испытаютъ на себѣ подобнаго вліянія. Исключительность этого наказанія, хранящаго на себѣ несомнѣнный слѣдъ крѣпостного права [2]), становится еще болѣе замѣтной, если мы обратимъ вниманіе на отсутствіе «содержанія на хлѣбѣ и водѣ» въ числѣ карательныхъ мѣръ, примѣняемыхъ волостными судами Прибалтійскаго края и Сибири, а также сельскими судами Закавказья [3]). Указъ 5 октября 1906 года отмѣнилъ, какъ извѣстно, отдачу въ общественную работу и наказанія крестьянъ за проступки, не караемые для лицъ иныхъ сословій, но имъ было сохранено на прежнихъ основаніяхъ содержаніе на хлѣбѣ и водѣ, исключенное изъ карательныхъ мѣръ только по закону о преобразованіи мѣстнаго суда 15 іюня 1912 года. Однако, пока этотъ законъ не распространился еще на всю Европейскую Россію, было бы необходимо ради уголовно-правового уравненія крестьянъ съ остальными гражданами отмѣнить это исключительное наказаніе и ранѣе введенія новаго закона, такъ какъ ни въ условіяхъ крестьянскаго быта, ни въ послѣдствіяхъ примѣненія этой кары нельзя найти какихъ-либо основаній для ея сохраненія. Въ качествѣ наказанія *замѣняющаго*, содержаніе на хлѣбѣ и водѣ назначается вмѣсто одиночнаго заключенія въ военной тюрьмѣ для нижнихъ воинскихъ чиновъ въ мѣстностяхъ, гдѣ не устроено военныхъ тюремъ, или когда въ послѣднихъ нѣтъ свободныхъ мѣстъ. Срокъ этого наказанія опредѣляется судомъ, приговаривающимъ даннаго нижняго чина къ заключенію въ военной тюрьмѣ, въ соотвѣтствіи со срокомъ послѣдняго на случай «необходимой» замѣны и можетъ быть отъ 21 до 56 дней (т.-е. отъ 3 до 8 недѣль); при этомъ содержаніе на хлѣбѣ и водѣ въ теченіе 3 недѣль приравнивается 1 мѣсяцу военной тюрьмы, а такое же содержаніе въ теченіе 8 недѣль — 4 мѣсяцамъ той же тюрьмы [4]).

Правда, въ этомъ случаѣ подвергнутый принудительному голоданію солдатъ, получаетъ не только хлѣбъ и воду (какъ крестьянинъ,

---

[1]) Прилож. къ ст. 164 Общ. Полож. о крестьянахъ по прод. 1906 г.

[2]) Подобно многимъ постановленіямъ Общаго Положенія о крестьянахъ, ведущаго свое происхожденіе отъ Положенія 1861 года.

[3]) Стт. 431 и 482 Общаго Положенія.

[4]) Ст. 59 Воинск. уст. о наказ. по прод. 1907 г. и приложенныя къ ней «Временныя правила о замѣнѣ одиночн. заключенія въ воинск. тюрьмѣ», дѣйствующія съ 1875 года до настоящаго времени; сюда же относятся рѣшенія гл. военн. суда 1898 г., № 85 и 1908 г., № 23.

Digitized by Google

наказанный по приговору волостного суда), но и соль, и чай, а черезъ 2 дня въ третій даже горячую пищу[1]); однако, и въ такомъ видѣ эта діэта для нижняго чина, привыкшаго къ ежедневному питательному столу, не можетъ не отразиться на организмѣ его и справедливо почитается въ войскахъ тѣлеснымъ наказаніемъ; косвенное подтвержденіе этой оцѣнки находимъ въ нѣсколькихъ руководящихъ рѣшеніяхъ главнаго военнаго суда, признающаго, что, когда одиночное заключеніе въ военной тюрьмѣ замѣнено содержаніемъ на хлѣбѣ и водѣ, наказаніе розгами уже не должно имѣть мѣста по отношенію къ осужденнымъ на такую замѣну[2]). Въ этомъ же разъясненіи легко замѣтить вполнѣ основательное признаніе неоднородности замѣняющаго и главнаго наказанія въ этомъ случаѣ: если бы пребываніе въ военной тюрьмѣ замѣнялось хотя бы сокращеннымъ соотвѣтственно заключеніемъ въ дисциплинарномъ батальонѣ или увеличеннымъ срокомъ содержанія на гауптвахтѣ, то такая замѣна могла бы быть названа правильной, основанія же для проведенія знака равенства между какой-либо формой лишенія свободы и причиненіемъ физическихъ страданій, мнѣ кажется, найти невозможно.

Наконецъ, когда ограниченіе въ пищѣ и питьѣ примѣняется въ качествѣ дисциплинарнаго взысканія за маловажные проступки, то оно назначается властью административною на основаніяхъ, видныхъ изъ слѣдующей таблицы:

По отношенію къ кому примѣняется.	Наибольшій срокъ (сутки).	Какая дается пища.	Статьи законовъ.
Къ каторжнымъ во время одиночнаго заключенія: безсрочнымъ	20	Горячая пища выдается черезъ 3 дня въ 4-ый; а ежедневно — хлѣбъ и вода.	Стт. 240, 275 и 277 Уст. о ссыльн.
срочнымъ.	10		
Къ нижнимъ чинамъ арміи и флота, а равно къ заключеннымъ въ военно-тюремныхъ заведеніяхъ: при строгомъ арестѣ .	20	Горячая пища — черезъ 2 дня въ 3-й; ежедневно — хлѣбъ, вода и соль; при строгомъ и чай.	Ст. 74 Уст. дисциплин. и стт. 74—168 Зав. воен.-Тюрем.
при усиленномъ » .	8		
Къ арестантамъ тюремъ общаго устройства и исправит. отдѣленій . .	3	Уменьшеніе пищи до оставленія на хлѣбѣ и водѣ.	Ст. 395 Уст. о сод. подъ стр.
Къ несостоятельнымъ должникамъ, когда они содержатся въ тюрьмахъ . .	2	Хлѣбъ и вода.	Прилож. къ п. 2 ст. 278 того же Уст.

[1]) Примѣч. 1-ое къ прилож. II къ ст. 59 Воинск. уст. о наказ.
[2]) Рѣш. 1906 г., № 42 и 1909 г., № 47.

Digitized by Google

Такимъ образомъ, кромѣ послѣднихъ двухъ случаевъ, когда это наказаніе является самостоятельнымъ, оно служитъ для усиленія одиночнаго заключенія; вообще же это уменьшенное питаніе примѣняется именно тогда, когда и безъ него силы человѣка подвергнуты ослабленію благодаря воздѣйствію основного наказанія (каторги, тюрьмы или ареста) черезъ психику на его организмъ, а иногда и непосредственно на послѣдній. По окончаніи отбыванія основного наказанія каждому данному человѣку придется вступить въ обыденную жизнь — борьбу, гдѣ ему необходимы крѣпкія силы, чтобы опять не попасть на путь преступленія. Съ этой точки зрѣнія всякое умышленное ослабленіе силъ наказываемаго, а въ томъ числѣ и ограниченіе въ удовлетвореніи столь насущной потребности, какъ питаніе [1]), должно быть почитаемо нежелательнымъ.

Другое дѣло, когда, ограничивая наказываемаго въ пищѣ и питьѣ, лицо, обладающее дисциплинарною властью, лишаетъ его не того питанія, которое признается необходимымъ для всѣхъ, а нѣкотораго добавка, получаемаго въ видѣ льготы или извѣстнаго комфорта; таковы, напр., по уставу о содержащихся подъ стражею, иныя дисциплинарныя взысканія того же порядка: воспрещеніе арестанту пріобрѣтать на свои деньги съѣстные припасы до 1 мѣс., лишеніе права распоряжаться своими заработками и т. п. [2]). Подобныя наказанія за проступки, равно какъ и срочное лишеніе иныхъ, нематеріальныхъ льготъ, можно думать, способны оказать положительное вліяніе на наказаннаго.

3. Лишеніе свѣта извѣстно нашему праву и въ видѣ кары судебной и въ качествѣ взысканія дисциплинарнаго, при чемъ въ первомъ отношеніи оно можетъ быть слѣдствіемъ приговора лишь военнаго суда. Для всѣхъ нижнихъ чиновъ это наказаніе опредѣляется судомъ въ тѣхъ случаяхъ, когда въ военно-уголовномъ кодексѣ за данное воинское преступленіе указано «взысканіе дисциплинарное», а судъ изберетъ именно усиленный арестъ [3]); послѣдній же тѣмъ и отличается отъ строгаго ареста, что наказанный содержится въ лишенномъ свѣта помѣщеніи; максимальный срокъ этого наказанія — 8 сутокъ [4]). Если же подсудимымъ является нижній чинъ,

---

[1]) Цифровыя данныя, приводимыя спеціалистами по гигіенѣ питанія человѣка и характеризующія относительное значеніе различныхъ питательныхъ веществъ, убѣждаютъ съ несомнѣнностью въ томъ, что уменьшеніе пищи, доходящее до содержанія на хлѣбѣ и водѣ (хотя бы и съ перерывами для горячей пищи), ведетъ къ ослабленію организма (см., напр., А. С. Догель, Гигіена, 1903 г., стран. 53—57; д-ръ В. Канель, Гигіена, 1908 г., страницы 267—277).

[2]) Ст. 395 и прилож. къ п. 2 ст. 278.

[3]) Стт. 7, 96, 101, 151, 161, 171 и др. Воинск. Уст. о наказ.

[4]) Ст. 74 Устава дисциплин.

Digitized by Google

уже содержащійся въ дисциплинарной части, то за воинское же преступное дѣяніе, помимо продленія срока пребыванія въ дисциплинарной части, онъ можетъ быть приговоренъ къ содержанію въ карцерѣ отъ 1 до 4 мѣсяцевъ и въ теченіе этого срока можетъ быть лишаемъ свѣта 8 разъ на срокъ по 8 дней и съ недѣльными промежутками, въ продолженіе которыхъ онъ пользуется дневнымъ свѣтомъ [1]).

Въ видѣ дисциплинарнаго взысканія за проступки лишеніе свѣта примѣняется на слѣдующихъ основаніяхъ:

Кто можетъ быть наказанъ.	Наибольшій срокъ (сутки).	Порядокъ лишенія свѣта.	Статьи законовъ.
Содержащіеся въ исправительн. арест. отдѣленіяхъ.	30	Съ переводомъ въ свѣтлый карцеръ черезъ три дня въ четвертый.	Ст. 397 Уст. о содержащ. подъ страж.
Нижніе воинскіе чины, не имѣющіе унтеръ-офицерскаго званія, а равно и заключенные въ военно-тюр. завед.	8	Безъ перерыва.	Ст. 74 Уст. дисципл. Стт. 74 и 168 Зав. воен. тюр.
Всѣ арестанты, содержащіеся въ тюрьмахъ общаго устройства	7	Съ переводомъ въ свѣтлый карцеръ черезъ три дня въ четвертый.	Ст. 395 Уст. о содерж. подъ страж.
Подслѣдственные и подсудимые по дѣламъ политическимъ, содержащіеся при полиціи	7	Безъ перерыва, но по соглашенію съ прокурскимъ надзоромъ.	Прим. къ ст. 396 того же Устава.
Несостоятельные должники въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ они подлежатъ содержанію въ тюрьмѣ. .	3 / 2	Безъ перерыва.	Прилож. къ п. 2 ст. 278 того же Устава.
Содержащіеся въ арестныхъ домахъ	1		Ст. 144 того же Устава.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ лишеніе свѣта присоединяется къ содержанію въ карцерѣ и является такимъ образомъ мѣрою усиленія наказанія, назначеннаго въ порядкѣ административномъ. Дѣйствіе этого наказанія становится яснымъ, если принять во вниманіе роль свѣта въ жизни человѣческаго организма.

Какъ извѣстно, свѣтъ участвуетъ самымъ дѣятельнымъ образомъ въ біологическихъ и физіологическихъ процессахъ. Послѣ длиннаго ряда опытовъ современная наука считаетъ доказаннымъ фактъ,

[1]) Стт. 280 и 282 Воинск. уст. о наказ.

Digitized by Google

что дневной свѣтъ вообще, въ частности — солнечный усиливаетъ обмѣнъ веществъ, т.-е. увеличиваетъ поглощеніе кислорода извнѣ и выдѣленіе углекислоты изъ организма; возбуждая дѣятельность кожи, онъ способствуетъ кожному дыханію, благодаря чему выдѣляются конечные продукты обмѣна; дѣйствуя химически, свѣтъ улучшаетъ составъ крови, увеличивая количество гемоглобина, красныхъ шариковъ и бѣлыхъ тѣлецъ; наконецъ, свѣтъ же является вѣрнымъ бактеріо-убивающимъ (дезинфецирующимъ) средствомъ [1]).

И конечно, лишая человѣка дневного свѣта, этого могучаго жизненнаго фактора, наказывающій нарушаетъ правильность физіологическихъ процессовъ организма наказываемаго, такъ какъ пребываніе въ темнотѣ не только вызываетъ замедленіе этихъ процессовъ, но иногда создаетъ даже довольно рѣзкія физическія страданія, что доказывается рядомъ опытовъ, произведенныхъ спеціалистами-врачами [2]): обмѣнъ веществъ затрудняется, кожное дыханіе ослабляется, составъ крови ухудшается, дѣятельность вредныхъ микроорганизмовъ усиливается, а на этой почвѣ успѣшнѣе развиваются всякія болѣзни.

На основаніи всѣхъ этихъ данныхъ нельзя не отнести лишеніе свѣта къ категоріи тѣлесныхъ наказаній и не высказаться самымъ рѣшительнымъ образомъ за исключеніе этой кары изо всего законодательства нашего, подобно тому, какъ это уже сдѣлано въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ, содержимыхъ въ исправительно-воспитательныхъ учрежденіяхъ: въ Положеніи 1909 года не только не находимъ лишенія свѣта въ ряду дисциплинарныхъ мѣръ, но читаемъ категорическое запрещеніе помѣщать дѣтей въ темный карцеръ, равно какъ и наказывать ихъ розгами [3]). Въ такомъ одновременномъ упоминаніи про розги и лишеніе свѣта, равно какъ и въ томъ постановленіи дѣйствующаго закона, по которому арестъ въ темномъ карцерѣ можетъ быть замѣненъ наказаніемъ розгами для содержащихся въ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленіяхъ [4]), заключается признаніе законодателемъ однородности этихъ мѣръ, какъ причиняющихъ несомнѣнныя физическія страданія наказываемому, и это обстоятельство даетъ нѣкоторую надежду полагать, что при отмѣнѣ розогъ будетъ возбужденъ вопросъ и объ отмѣнѣ наказанія лишеніемъ свѣта.

---

[1]) Канель, назв. соч., стран. 180—182. Годневъ, Къ ученію о вліяніи солнечнаго свѣта на животныхъ. Каз., 1892 г., стран. 84 и слѣд. В. Б. Лапидусъ, Наблюденіе надъ лѣченіемъ физическими силами природы. Ялта, 1909 г., стран. 16—26.

[2]) См. опыты Эдварса, Молешота, Вуа, Платена, Финзена, Граффенберга, Штребеля и др., изложенные у Годнева и Лапидуса.

[3]) Прим. къ ст. 34 Положенія 19 апрѣля 1909 г.

[4]) Ч. 2 ст. 397 Уст. о сод. подъ стражею.

Digitized by Google

4. Ограниченіе въ пользованіи свѣжимъ воздухомъ является по нашему закону самостоятельнымъ наказаніемъ («лишеніе прогулокъ на срокъ до 7 дней»), примѣняемымъ лишь въ одномъ случаѣ, а именно—въ качествѣ дисциплинарной мѣры за проступки, совершенные несостоятельными должниками во время содержанія ихъ подъ стражею въ тѣхъ мѣстностяхъ, на которыя понынѣ распространяются правила о заключеніи въ тюрьму этихъ лицъ [1]). Кромѣ того, лишаются прогулокъ на свѣжемъ воздухѣ тѣ изъ арестантовъ тюремъ общаго устройства и исправительныхъ отдѣленій, которые наказаны заключеніемъ въ карцера (сроки указаны въ приведенныхъ выше двухъ таблицахъ) [2]).

То обстоятельство, что нигдѣ болѣе мы не находимъ въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ этого наказанія, избавляетъ отъ необходимости, подробнѣе останавливаться на этомъ вопросѣ: сознаніе важности чистаго воздуха для организма заключенныхъ, особенно въ условіяхъ современной тюремной жизни, когда въ большинствѣ тюремъ не удается предоставить каждому арестанту причитающуюся на его долю часть куб. содержанія воздуха (1, 14 куб. саж.), проглядываетъ въ соотвѣтствующихъ постановленіяхъ закона и общей тюремной инструкціи [3]).

Поэтому правила о наказываніи лишеніемъ прогулокъ на свѣжемъ воздухѣ, какъ противорѣчащія проявляемой законодателемъ заботѣ о соблюденіи въ тюрьмахъ основныхъ требованій гигіены и санитаріи, можно признать не болѣе, какъ однимъ изъ недосмотровъ дѣйствующаго права, унаслѣдовавшаго изъ прошлаго и этотъ способъ причиненія физическихъ страданій наказываемому.

5. Содержаніе въ температурѣ ниже нормы—наказаніе, лишь косвенно основанное на писанномъ правѣ, но широко практикующееся на основаніи упрочившагося обычая и извѣстное въ народѣ подъ терминомъ помѣщенія «въ холодную» [4]).

По закону, помѣщенія при волостныхъ правленіяхъ, гдѣ отбываютъ наказаніе арестомъ лица, подсудныя волостнымъ судамъ (по приговорамъ этихъ судовъ, а равно по распоряженію сельскихъ старостъ, волостныхъ старшинъ и земскихъ начальниковъ или замѣняющихъ ихъ должностныхъ лицъ), содержатся на счетъ

---

[1]) П. 2 прилож. къ ст. 278 того же устава.

[2]) Ст. 171 общ. тюр. инструкціи гласитъ лишь о прогулкахъ арестантовъ, содержащихся въ о б щ и х ъ камерахъ.

[3]) Таковы многія правила, устанавливающія порядокъ отправленія въ баню, провѣтриваніе и уборку помѣщенія, періодическіе осмотры врачомъ и т. п.

[4]) Е. И. Якушкинъ, Обычное право, в. II, стран. 112 и слѣд. Н. П. Дружининъ, Право и личность крестьянина, 1912 г., стран. 201—202.

Digitized by Google

крестьянскихъ обществъ[1]). Суммы, ассигнуемыя на этотъ предметъ, входятъ въ составъ мірскихъ повинностей; но такъ какъ первенствующее мѣсто при взысканіяхъ съ крестьянъ платежей и недоимокъ принадлежитъ государственнымъ и земскимъ сборамъ, то мірскія повинности всегда отходятъ на послѣдній планъ. Естественно, что будучи обременены другими платежами, крестьянскія общества ассигнуютъ на мірскія повинности минимальныя суммы, которыхъ часто не хватаетъ на надлежащее удовлетвореніе потребностей общественнаго крестьянскаго управленія; къ тому же и поступленіе этихъ суммъ происходитъ неправильно и туго. Поэтому очень часто для отопленія арестныхъ помѣщеній при волостяхъ не хватаетъ денежныхъ средствъ. Этому же положенію вещей способствуетъ и распространенное въ крестьянскомъ быту воззрѣніе, въ силу котораго отбывающій арестъ долженъ сидѣть именно «въ холодной».

Между тѣмъ, срокъ пребыванія въ этомъ помѣщеніи доходитъ, по закону до 30 сутокъ, и столь длительное пребываніе въ неотапливаемомъ или плохо отапливаемомъ въ зимнее время помѣщеніи (большею частію нежилая изба, сарай или амбаръ при волости) оказываетъ самое губительное вліяніе на здоровье арестованнаго[2]).

Новый законъ о преобразованіи мѣстнаго суда, возлагающій расходы по содержанію волостныхъ судовъ на государственное казначейство[3]), не касается вопроса о содержаніи арестованныхъ при волостяхъ. Однако слѣдуетъ признать, что только полное устраненіе порядка, при которомъ возможно причиненіе наказаннымъ такого мучительства, можетъ изъять изъ употребленія и изгладить изъ памяти народной обычай сажать арестованныхъ «въ холодную».

6. Лишеніе подстилки (или «сонъ на голыхъ нарахъ») извѣстно нашему дѣйствующему праву какъ въ видѣ главнаго, такъ и добавочнаго наказанія: во-первыхъ, оно является самостоятельнымъ дисциплинарнымъ взысканіемъ для заключенныхъ въ военныхъ тюрьмахъ и назначается въ этомъ случаѣ за мелкіе проступки «на болѣе или менѣе продолжительное время», какъ гласитъ законъ, т.-е. по усмотрѣнію начальства можетъ продолжаться въ теченіе всѣхъ 4 мѣсяцевъ одиночнаго заключенія въ военной тюрьмѣ[4]); во-вторыхъ, лишеніе подстилки входитъ составнымъ элементомъ въ наказаніе арестомъ во всѣхъ его видахъ (простого, строгаго

---

[1]) П. 1 ст. 361 Общ. Полож. о крестьянахъ по прод. 1906 г., цирк. Министерства Вн. Дѣлъ, 21 февраля 1903 г., № 6 и 15 іюля 1905 г., № 28.
[2]) Якушкинъ, Матеріалы, т. II.
[3]) Ст. 15 Временныхъ правилъ о вол. судѣ, по зак. 15 іюня 1912 г.
[4]) П. 1 ст. 167, кн. XVII Св. В. Постан., по прод. 1907 г.

Digitized by Google

и усиленнаго) для низшихъ воинскихъ чиновъ, какъ по приговору суда, такъ и въ дисциплинарномъ порядкѣ [1]).

Между тѣмъ, по ночамъ, вслѣдствіе отсутствія дневного свѣта, поддерживающаго усиленный обмѣнъ веществъ въ организмѣ, а равно вслѣдствіе того, что человѣкъ спитъ и не двигается, его тѣло вырабатываетъ значительно меньше тепла, чѣмъ днемъ. Разстегнувая, если не снимая, свое платье для болѣе полнаго отдыха, человѣкъ во время сна нуждается въ посторонней защитѣ отъ охлажденія его тѣла извнѣ и потому съ дѣтства привыкаетъ имѣть въ это время, если не постель, то хоть какую-нибудь подстилку, которая способствуетъ сохраненію нормальной температуры и охраняетъ тѣло отъ нарушенія правильности кровообращенія, проистекающей отъ жесткости ложа [2]).

Поэтому лишеніе подстилки, какъ посягательство на нормальный и необходимый для человѣческаго организма ночной отдыхъ, не можетъ не отражаться вреднымъ образомъ на здоровьѣ наказаннаго, и съ этой точки зрѣнія подлежитъ исключенію изъ военнаго кодекса, тѣмъ болѣе, что внѣ военнаго быта этотъ видъ тѣлесныхъ наказаній закономъ не установленъ.

Какъ видно изъ разсмотрѣнія правилъ относительно назначенія спеціальныхъ физическихъ лишеній въ качествѣ того или иного вида наказаній, всѣ эти постановленія носятъ печать безсистемности, отрывочности и случайности сохраненія ихъ въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ; другой характерной чертой ихъ является глубокое довѣріе законодателя къ носителямъ административной власти, по усмотрѣнію которыхъ наказываемые могутъ быть лишаемы возможности удовлетворенія насущнѣйшихъ потребностей человѣческаго организма; наконецъ, сохраняя на неодинаковыхъ основаніяхъ для различныхъ группъ населенія эти физическія лишенія, могущія стать опаснымъ орудіемъ произвола исполнителей, законъ не считаетъ необходимымъ установить серьезныя гарантіи соблюденія правъ наказываемаго.

Что касается вопроса о цѣлесообразности спеціальныхъ физическихъ лишеній, какъ наказаній за преступныя дѣянія, то и изъ приведеннаго выше краткаго анализа ихъ послѣдствій явствуетъ, что къ нимъ въ полной мѣрѣ относятся общеизвѣстные доводы противъ тѣлесныхъ наказаній вообще: они неравномѣрны, находясь въ зависимости отъ условій исполненія и отъ состоянія организма нака-

---

[1]) Ст. 74 Устава дисциплин.
[2]) Догель, назв. соч., стран. 102.

Digitized by Google

зываемаго; между этими лишеніями и тѣми проступками, за которые они могутъ быть назначены, невозможно установить какой-либо связи, которая бы заставляла прибѣгать именно къ этимъ наказаніямъ; оказывая вредное вліяніе на организмъ наказаннаго, а нерѣдко и разстраивая его здоровье, эти лишенія ослабляютъ силы человѣка, необходимыя ему въ жизненной борьбѣ хотя бы затѣмъ, чтобы послѣ отбытія наказанія устоять передъ новыми искушеніями; не создавая никакихъ стимуловъ для исправленія, физическія лишенія способны лишь озлобить человѣка, ихъ перенесшаго; наконецъ, устрашающее вліяніе этихъ наказаній также не можетъ служить причиной сохраненія ихъ въ кодексѣ, когда несомнѣнно установленъ уже фактъ отсутствія подобнаго значенія для преступниковъ и самыхъ жестокихъ тѣлесныхъ наказаній, и даже смертной казни.

Съ другой стороны, примѣненіе тѣлесныхъ наказаній во всѣхъ ихъ видахъ имѣетъ отрицательное значеніе и въ общегосударственномъ смыслѣ, такъ какъ оно препятствуетъ развитію и укрѣпленію среди гражданъ должнаго уваженія къ человѣческой личности, безъ чего невозможна нормальная правовая жизнь въ странѣ.

По всѣмъ этимъ основаніямъ[1]) надлежитъ притти къ выводу, что всякаго рода тѣлесныя наказанія подлежатъ полному исключенію изъ дѣйствующаго законодательства.

Б. Базилевъ.

---

[1]) Размѣры журнальной статьи не позволяютъ мнѣ анализировать съ большей полностью дѣйствующее русское законодательство по вопросу обо всѣхъ упомянутыхъ видахъ тѣлесныхъ наказаній, что будетъ мною исполнено въ имѣющей появиться въ свѣтъ работѣ.

Digitized by Google

Слѣды первобытныхъ представленій о природѣ и человѣкѣ въ исторіи гражданскаго права[1].

Связь правовыхъ явленій съ экономическими и религіозными давно обращала на себя вниманіе изслѣдователей. Изученіе взаимодѣйствія правовыхъ, религіозныхъ и экономическихъ явленій много дало и для исторіи и философіи права и для пониманія современнаго права.

Право, какъ часть установленнаго Богомъ или божествами порядка, жрецы, какъ истолкователи права, обращеніе къ божествамъ въ процессуальныхъ актахъ (суды Божіи) и при заключеніи сдѣлокъ (клятвы Геркулесомъ, на алтарѣ Венеры), казнь преступника, какъ жертва богамъ — все это факты, знакомые изъ исторіи римскаго, греческаго, еврейскаго и индусскаго права[2]). Съ успѣхами въ области исторіи, религіи и этнологіи понятіе религіознаго расширилось, стало означать не только вѣру въ боговъ или Бога, но и въ человѣкоподобныхъ духовъ, представляемыхъ по образу человѣческой души.

Ученіе о такихъ духахъ, управляющихъ человѣкомъ и природой, было разработано представителями анимистической теоріи (Тейлоръ и Спенсеръ). Послѣднія же работы въ этихъ областяхъ (конецъ XIX и начало XX вѣка) еще болѣе расширили это понятіе.

Вскрывается болѣе ранняя стадія вѣрованій, «преанимистическій періодъ», вѣрованій въ силы или бытія, разлитыя по всей природѣ, безличныя и въ то же время благодѣтельно или зловредно вліяющія на природу и людей[3]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ, новѣйшіе изслѣдователи сосредоточиваютъ вниманіе и на пріемы воздѣйствія дикарей на эти силы, пріемы,

---

[1]) Рефератъ, прочитанный въ Общемъ Собраніи Московскаго Юридическаго Общества 21 января 1913 года.

[2]) Ср. Frommhold, Über den Einfluss der Religion auf das Recht der Germanen. Greifswald, 1903 г.

[3]) Lévi-Bruhl, Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures. Paris 1910 г., стран. 108—109, 430.

Digitized by Google

во многомъ напоминающіе колдовскіе или магическіе, на первобытную технику жестовъ, заклинаній.

Изслѣдователи, какъ Фрезеръ, склонны даже были видѣть въ магіи первоначальную форму религіозныхъ представленій. Однако, этотъ односторонній взглядъ не встрѣчаетъ теперь большого сочувствія.

Безличныя силы, которыхъ изслѣдователи обыкновенно называютъ маланезійскимъ словомъ mana (мѣстный терминъ, обозначающій такія силы), такъ мало диференцированы отъ предметовъ матеріальнаго міра, являющихся носителями ихъ, такъ сливаются съ ними, что этотъ періодъ вѣрованій не отличается вообще отъ примитивной натурфилософіи, и, если говорить о связи этихъ вѣрованій съ правовыми представленіями, приходится говорить вообще о связи послѣднихъ съ примитивными представленіями о природѣ.

Но помимо представленій о силахъ, проникающихъ матеріальную природу, большое вліяніе на образованіе правовыхъ явленій оказали представленія первобытнаго человѣка объ умершемъ человѣкѣ и о его душѣ, на что было уже указано такими изслѣдователями, какъ Фрезеръ (Psyche's Task), Вестермаркъ (The origin and development of the moral ideas) и Wilutzky (Die Vorgeschichte des Rechts).

Задачей нашей статьи, которая, конечно, можетъ коснуться только главныхъ сторонъ вопроса, является прослѣдить вліяніе означенныхъ представленій на образованіе юридическихъ понятій и на развитіе правовой техники въ области гражданскаго права и процесса главныхъ европейскихъ народовъ.

Такимъ образомъ нашей цѣлью является изслѣдованіе источниковъ правовой психологіи европейскихъ народовъ.

Одна изъ яркихъ особенностей примитивной психологіи состоитъ въ томъ, что для нея границы субъективнаго и объективнаго міра не тѣ, что у культурнаго человѣка, то, что дикарь переживаетъ во снѣ, въ экстазѣ, въ бредовомъ состояніи, это для него то же дѣйствительность, какъ дѣйствительность объективнаго міра, или даже высшая дѣйствительность: встрѣчи во снѣ со знакомыми, разговоры съ ними, откровенія, получаемыя отъ предковъ, отъ божествъ. Это неразличеніе субъективныхъ переживаній отъ объективныхъ приводитъ къ тому, что первыя могутъ являться источникомъ послѣднихъ, стоять въ нимъ въ такомъ же причинномъ отношеніи, какъ два явленія объективной дѣйствительности. Такимъ образомъ задуманная дѣйствительность производитъ такую же реальную. Въ магическомъ заговорѣ одного Калифорнскаго племени божество «подумало»: пусть будетъ каменная чаша, и явилась

Digitized by Google

каменная чаша[1]). Невольно вспоминается разсказъ изъ «Майской Ночи» Гоголя о томъ, какъ хозяйка дома, злившаяся на то, что гость съѣлъ много галушекъ, подумала: «а чтобы ты подавился этими галушками», и гость сейчасъ же поперхнулся ѣдой и умеръ. Хозяйка даже и не выразила въ чемъ-либо своего желанія, а только почувствовала его и оно моментально обратилось въ дѣйствительность. Та же задуманная дѣйствительность, чѣмъ она интенсивнѣе переживается, тѣмъ, конечно, скорѣе находитъ себѣ выраженіе въ словѣ и жестѣ. Въ древне-русскомъ бытѣ наказывались угрозы и «похвальныя» рѣчи, если результатомъ ихъ была болѣзнь или смерть[2]). Нѣкая Дарьица хвастается: «оборочу де я ихъ (братьевъ Фурсовыхъ) вверхъ носомъ и будутъ де у меня въ четырехъ углахъ». И, дѣйствительно, слегли и умерли братья Фурсовы. Въ буддійскомъ ритуалѣ произнесеніе пожеланій, серьезно задуманныхъ, имѣетъ дѣйствительную силу[3]). Отсюда вліяніе слова и жеста въ заговорѣ и въ симпатической магіи. Въ заговорѣ рисуется картина, которой должна соотвѣтствовать задуманная и желаемая дѣйствительность, и производятся дѣйствія, напоминающія ту же дѣйствительность. Въ одномъ заговорѣ противъ лихорадки говорится о томъ, какъ Моисей, встрѣтивъ 12 дѣвицъ-плясуницъ (олицетвореніе лихорадки), грозитъ отсѣчь имъ голову и какъ онѣ, испуганныя, умоляютъ пощадить ихъ, обѣщая при этомъ не морить народъ[4]). Или, имущество лица, противъ котораго направленъ заговоръ, кладется подъ столбъ и говорится[5]): каковъ де тяжелъ столбъ, такъ де бы и попадьѣ (колдовство направлено противъ нея) было тяжело». Чтобы умертвить человѣка, сжигаютъ или прокалываютъ его изображеніе; чтобы вызвать дождь, роютъ прудъ, при чемъ мужчины квакаютъ, какъ лягушки передъ дождемъ, а женщины прикрываются листьями, какъ бы ограждаясь отъ дождя (такъ называемая подражательная магія. См. статью Лемана, помѣщенную въ «Kultur der Gegenwart», I, стран. 11, 3). Слова и дѣйствія и вообще представленія, имѣющія особое значеніе для жизни первобытнаго человѣка, мыслятся имъ въ видѣ личностей или матеріальныхъ предметовъ, имѣющихъ иногда таинственное вліяніе на людей и природу.

Болѣзнь — это злая личность (въ родѣ лихорадки въ народныхъ представленіяхъ) или щепка, которую колдунъ вынимаетъ изъ тѣла

---

[1]) Van Gennep, La formation des légendes, стран. 109.
[2]) Заговоръ и колдовство на Руси. Елеонская. «Русск. Арх.», 1912 г., № 4.
[3]) Die Kultur der Gegenwart, I, 3, стран. 189, статья de Groot'a.
[4]) Архивн. истор. и практ. свѣд., относ. до Россіи, Калачевъ, 1859 г. XIV.
[5]) «Русскій Архивъ», 1912 г., № 4.

Digitized by Google

больного. Грѣхъ, по представленіямъ древнихъ персовъ, это — почти физическая нечистота, которой можно заразиться напр. отъ прикосновенія къ трупу собаки и которая въ видѣ дьявола ползетъ по тѣлу человѣка.

Добрыя и злыя дѣянія переживаютъ человѣка, по представленіямъ индусовъ о карманѣ, и возрождаются въ видѣ разныхъ существъ благородныхъ или низкихъ (воръ зеренъ возрождается въ крысу, воръ мяса — въ ястреба). Также по представленіямъ магометанъ въ судный день добрыя и злыя дѣянія человѣка взвѣшиваются на вѣсахъ и приговоръ зависитъ отъ того, которые поступки перетянутъ[1]). Но человѣческое слово въ этомъ отношеніи выдѣляется. У индусовъ слово Ведъ — это міровой принципъ, все поддерживающій и оживляющій: весь міръ собранъ въ трехъ Ведахъ и покоится на нихъ»[2]). Подобно слову Ведъ, у пифагорейцевъ число является основаніемъ міра.

Изъ этихъ примѣровъ видно, что не только высказанное, но и изображенное на бумагѣ слово имѣетъ таинственное значеніе. Надъ написаннымъ именемъ врача можно колдовать[3]). Такое представленіе о писанномъ словѣ нашло у многихъ народовъ себѣ выраженіе въ идеѣ о боговдохновенности священныхъ книгъ.

Изъ текста заговоровъ и заклинаній видно, что предусмотрѣнныя слова и дѣйствія должны совершаться въ извѣстномъ порядкѣ. Таковыя же свѣдѣнія мы имѣемъ о молитвахъ, которыя въ значительной мѣрѣ образовались изъ заговоровъ и заклинаній[4]). Молитва у магометанъ состоитъ изъ точно предписанныхъ тѣлесныхъ движеній и строго установленныхъ религіозныхъ формулъ. Малѣйшая ошибка въ словѣ или въ движеніи лишаетъ молитву ея значенія[5]). То же самое въ молитвѣ у древнихъ египтянъ: «вѣрныя слова, произнесенныя правильно, заставляютъ боговъ дѣлать требуемое»[6]). Изъ этихъ сообщеній видно, что и древнее заклинаніе и молитвы были строго упорядочены, принуждали боговъ къ опредѣленнымъ дѣйствіямъ и вліяли на природу въ опредѣленномъ направленіи.

Чтобы объяснить такую правильность въ ритуалѣ заговора и молитвы, надо припомнить, что, по сообщеніямъ изслѣдователей при-

---

[1]) Шантепи де ля Соссей, Исторія религій. Переводъ 1899 г., т. I, стран. 312.
[2]) Шантепи, т. II, стран. 12—13.
[3]) Леббокъ, Начала цивилизаціи. Перев. 1876 г., подъ ред. Коропчевскаго, стран. 177.
[4]) О связи заговора съ молитвой въ ассиро-вавилонскихъ религіяхъ. См. Die Kultur der Gegenwart, I, 3, стран. 46, у Египтянъ — Шантепи, I, стран. 166.
[5]) Шантепи, I, стран. 295.
[6]) Шантепи, I, стран. 166.

Digitized by Google

митивнаго быта и путешественниковъ[1]), на низшихъ ступеняхъ культуры замѣчается вѣра во всеобщее воодушевленіе. Всѣ части вселенной проникнуты таинственнымъ началомъ, являющимся то въ видѣ безличной силы, то въ видѣ необозримаго количества духовъ съ разными степенями индивидуализаціи[2]). Эти безличныя силы содержатъ въ себѣ извѣстный minimum антропоморфизаціи: имъ, правда, не приписывается психической индивидуальности, то, что мы называемъ душой, но приписываются отдѣльныя психическія проявленія, относящіяся, главнымъ образомъ, къ сферѣ волевыхъ актовъ. Извѣстный металлъ можетъ себя дать найти только извѣстнымъ лицамъ, сосудъ съ благовонными травами можетъ обидѣться, когда его ставятъ не на свое мѣсто, и повредитъ успѣху рыбной ловли. Сѣть можетъ подслушать разговоръ рыбака и передастъ его рыбамъ. Африканскій негръ бесѣдуетъ съ рѣкой, со своимъ оружіемъ, прося ихъ дѣйствовать въ полезномъ для него направленіи[3]) По вѣрованію дикарей эти безличныя силы и духи являются прямо зложелательными, ищущими всякаго повода нанести вредъ человѣку[4]). Отсюда боязнь произвести какое-либо, даже самое меньшее видоизмѣненіе во внѣшнемъ окружающемъ его мірѣ: нельзя вбить гвоздь въ стѣну, починить платье, переставить твердый предметъ, (вѣрованія китайцевъ), поправить домъ, замѣнить старую тропинку новой[5]), такъ какъ эти дѣйствія могутъ побезпокоить находящихся тамъ духовъ[6]),

Если слова и отдѣльныя дѣятельности человѣка представляются сущностями, какъ и другіе предметы внѣшняго міра, а проникновеніе слова таинственнымъ или божественнымъ началомъ прямо удостовѣрено (см. примѣры выше), то и они проникнуты тѣми же силами, личными и безличными, и нарушить порядокъ словъ или дѣйствій въ формальныхъ актахъ это значило бы побезпокоить духовъ или мистическія силы, тамъ находящіяся, навлечь ихъ нерасположеніе и свести на-нѣтъ дѣйствіе заговора, заклинанія или молитвъ. Этимъ, намъ кажется, можно объяснить неизмѣнность порядка словъ и дѣйствія въ формальномъ актѣ.

Отношеніе индивидуума къ союзу, къ семьѣ или къ клану примитивный человѣкъ мыслитъ гораздо тѣснѣе, чѣмъ современный. И это соотвѣтствуетъ тому, что и въ дѣйствительности въ тѣ

---

[1]) Эренрейхъ, Skeat, Алиса Флетчеръ, Krujt и др.
[2]) Durkheim, Les formes élémentaires de la vie religieuse. Paris, 1912 г., стран. 275, 277, 282; Леви-Брюль, стран. 108—109, 146—147.
[3]) Леви-Брюль, стран. 64—65, 106, 278—280.
[4]) Дюркгеймъ, стран. 282; такова arungquilta — злая сила у австралійцевъ; Леви-Брюль, 108; Леманъ, 15.
[5]) Леви-Брюль, 35—37.
[6]) Леви-Брюль, 297—298.

Digitized by Google

отдаленныя эпохи индивидуальность проявлялась мало, почти утопала среди общихъ признаковъ группы. Это вело въ представленіи дикаря къ отождествленію даннаго лица не только съ другими членами группы, но и съ предками, принадлежавшими къ той же группѣ, такъ же и съ тотемомъ, т.-е. съ животнымъ (рѣже съ другимъ явленіемъ: растеніемъ и проч.), которому кланъ воздаетъ особый культъ, какъ генію племени.

Жители племени Труман серьезно утверждали, что они водяныя животныя (ихъ тотемъ), а племя Бороро, что они птицы съ краснымъ опереніемъ (птица araга).

Такое отношеніе членовъ группы, между собою и къ группѣ, въ которую онѣ входятъ, проявляется и въ томъ, что вся группа физически старается быть близкой другъ къ другу, напоминая тѣ животныя агрегаты, въ которыхъ отдѣльные организмы почти теряютъ индивидуальность и становятся какъ бы клѣточками одного организма. Кафры, Ирокезы, Віандо, многіе жители Южной Америки живутъ въ огромныхъ домахъ (до 130 футовъ длиной) или огороженныхъ помѣщеніяхъ (крали) по 1000 человѣкъ, ведя общее хозяйство, имѣя общую собственность и общихъ рабовъ: цѣлыя племена и деревни живутъ въ общемъ помѣщеніи [1]). Во время горестныхъ церемоній, траура, женщины племени Арунта въ Австраліи издаютъ въ продолженіе десятка минутъ общій непрерывный стонъ, обнявши другъ друга [2]). Сліяніе семейныхъ группъ въ одно цѣлое доходитъ до того, что семейной группѣ приписывается одна общая душа (одна душа у отца съ сыновьями или у матери съ дочерьми), такъ называемая bush-soul, душа, живущая въ лѣсу (Леви-Брюль, 90—91). Жители Калифорніи даже не отличали индивида отъ вида, считая убитыхъ во время религіознаго празднества птицъ изъ породы хищныхъ (panes) за одну птицу [3]). По словамъ знатока китайскаго быта de Groot'a, у китайцевъ въ вопросахъ уголовной отвѣтственности мельчайшими частицами, молекулами націи являются не отдѣльные люди, а семейные союзы, среди которыхъ личность исчезаетъ [4]).

Такое единеніе членовъ группы въ одно цѣлое и неразличеніе ихъ другъ отъ друга проявляется въ цѣломъ рядѣ своеобразныхъ замѣстительствъ.

Поведеніе одного члена семьи, по мнѣнію дикарей, отражается на жизни и здоровьѣ другихъ членовъ (многое изъ такихъ фактовъ относится къ такъ называемымъ обычаямъ кувады). Такъ, напри-

[1]) Wilutzky, II, 108—113.
[2]) Дюркгеймъ, 564.
[3]) Леви-Брюль, 102.
[4]) Being swallowed up, Вестермаркъ, I, 47.

Digitized by Google

мѣръ, отецъ долженъ одѣваться въ свободное платье, не стѣсняющее его тѣло, чтобы роды жены протекли благополучно, онъ же принимаетъ вмѣсто больного сына лекарства. Мать старается быть въ бодрственномъ состояніи, чтобы ея отсутствующій сынъ не заснулъ[1]). Такое же единеніе наблюдается и въ отношеніяхъ привилегированныхъ членовъ племени къ жизни послѣдняго: малѣйшее измѣненіе здоровья властителя племени, даже въ положеніи его тѣла угрожаетъ благополучію и общественному порядку племени. На это, напримѣръ, разсчитанъ старинный церемоніалъ японскихъ императоровъ [2]).

Представленія объ умершемъ человѣкѣ иныя у дикаря, чѣмъ у культурнаго человѣка. Умершій человѣкъ продолжаетъ жить, но только менѣе интенсивной жизнью, находясь какъ бы въ нѣкоторомъ отдаленіи отъ живыхъ людей, но не прекращая съ ними отношеній. Онъ является живымъ въ видѣніяхъ, пугаетъ ихъ въ видѣ призрака, слѣдитъ за поведеніемъ живыхъ[3]). Мертвеца надѣляютъ магической силой, при чемъ, по вѣрованіямъ весьма многихъ народовъ, ему приписывается скорѣе зложелательное отношеніе къ родичамъ и соплеменникамъ: онъ приноситъ имъ болѣзни, мститъ за дурное поведеніе, за небреженіе въ обрядахъ обычныхъ похоронныхъ приношеній, за свое жалкое прижизненное существованіе.

У дикарей развита техника обрядовъ, при помощи коихъ можно избавиться отъ такихъ непріятныхъ посѣщеній умершаго[4]). У другихъ дикарей и у культурныхъ націй умершіе болѣе благопріятно относятся къ живымъ родичамъ и соплеменникамъ, являются ихъ покровителями (въ Китаѣ въ Индіи, у античныхъ народовъ) и семейными богами (diis manibus на могилахъ и на надгробныхъ памятникахъ). Принадлежавшія имъ вещи не переходятъ къ родственникамъ, продолжая считаться ихъ собственностью. Ихъ сжигаютъ, разрушаютъ, кладутъ съ мертвыми въ могилу, всячески препровождаютъ на тотъ свѣтъ, чтобы души этихъ предметовъ служили душѣ умершаго[5]).

Невѣста считается состоящей въ бракѣ съ умершимъ женихомъ (въ Китаѣ).

Среди дикарей обоихъ полушарій, въ особенности въ Австраліи, распространены вѣрованія въ то, что предки возрождаются въ потомкахъ.

---

[1]) Леви-Брюль, 296—306.
[2]) Фрезеръ, Le Rameau d'or trad. par Stiebel et Toutain, I, 172—173.
[3]) Леви-Брюль, 352 и слѣд.
[4]) Леви-Брюль, 374, 377—378, L'année sociologique 1905—1906 гг., статья Герца, La représentation collective de la mort, 60—61.
[5]) Леви-Брюль, 378—396, La propriété du mort.

Digitized by Google

Души умершихъ, по вѣрованіямъ австралійскихъ дикарей, со смертью членовъ племени, входятъ въ тѣла женщинъ того же племени, и это служитъ главной причиной появленія новаго потомства. Существуютъ даже техническіе пріемы, чтобы облегчить такое возрожденіе, и чтобы узнать, какой предокъ вселился въ новорожденнаго, и сообразно сему дать ему имя[1]).

Юридическіе обряды древняго права обращаютъ на себя вниманіе сходствомъ съ примитивными вѣрованіями въ безличныя силы и магическими обрядами. Во-первыхъ тѣмъ, что въ нихъ заключается обращеніе къ безличнымъ силамъ природы, не только къ духамъ и богамъ, какъ думали прежде изслѣдователи. Таковы клятвы оружіемъ, кораблемъ — которыя должны принести смерть клятвопреступнику[2]). Въ ордаліяхъ посредствомъ воды также судьбу преступника рѣшало не божество и не какой-либо духъ, а стихія и скрывающаяся за ней безличная сила: вы же воду послухомъ постависте... идосте къ бездушну естеству (поученіе Серапіона въ XIII в.), «чистая стихія воды не терпитъ лживаго человѣка и поэтому его не принимаетъ, а выбрасываетъ отъ себя» (слова Гинкмара. Brunner. Deutsche Rechtsgeschichte II, 410).

Разные пріемы, употреблявшіеся при совершеніи юридическихъ актовъ, сближаютъ послѣдніе съ древними магическими и религіозными дѣйствіями, напр. съ жертвоприношеніями, имѣющими у нѣкоторыхъ народовъ магическое значеніе (напр. въ Ведахъ). Таковъ римскій обыскъ при отыскиваніи украденныхъ вещей, quaestio lance licioque. Лицо, производящее обыскъ, раздѣто, прикрыто лишь нижнимъ льнянымъ одѣяніемъ (licium) и съ чашей въ рукахъ или на головѣ[3]).

Таковы же обряды обращенія къ востоку при испытаніи водой съ жезломъ (sunnestab) въ рукахъ [4]), обнаженность и стрижка волосъ при ордаліи Bahrgericht [5]).

Такой же ритуальный характеръ имѣетъ обрядъ въ Салической правдѣ, посредствомъ котораго убійца, не могущій заплатить виру, перекладываетъ на родичей ея уплату [6]). Онъ входитъ въ домъ, собираетъ съ четырехъ угловъ землю, останавливается на порогѣ

[1]) Леви-Брюль, 398—402, 406—408, L'année sociol., 1905—1906 годовъ, стран. 78—79, 240—241.

[2]) Amira, Recht y Paul. Grundriss der Germanischen Philologie, II тома 2 отд., стран. 193.

[3]) Ритуальный характеръ этого обряда выясненъ въ статьѣ Huvelin въ L'année sociol., за 1905—1906 гг. Magie et droit individuel, pp. 16—17; о ритуальной обнаженности австралійскихъ дикарей см. Дюркгеймъ, 437.

[4]) Brunner, D. Rechtsg., II, 439.

[5]) Тамъ же, II, 412, № 66; ср. подобные обряды въ Ведахъ при жертвоприношеніи, Шантепи, II, 33.

[6]) Tit., 48, de chrenecruda.

Digitized by Google

съ лицомъ, обращеннымъ внутрь дома, и черезъ плечи кидаетъ ее на родичей, которые должны принять участіе въ платежѣ виры.

Затѣмъ онъ раздѣтый, разутый, съ палкой въ рукахъ перескакиваетъ черезъ заборъ.

Ритуальный характеръ и формы акта (о немъ будетъ сказано ниже) дѣлаютъ несомнѣннымъ то, что мы имѣемъ передъ собою случай подражательной магіи. Такое же примѣненіе магіи мы имѣемъ и въ tit. 60 Салической правды.

Кто хотѣлъ магически разрушить родственныя отношенія и этимъ выйти изъ рода, долженъ былъ сломать надъ головой три прута. Это напоминаетъ магическую силу прутьевъ съ бѣлыми нарѣзками, которой воспользовался Яковъ для того, чтобы у Лавана рождался пестрый скотъ съ крапинами [1]). Но можно и войти въ родъ посредствомъ такихъ же магическихъ актовъ, составляющихъ содержаніе древнѣйшаго германскаго усыновленія и состоящихъ въ возложеніи усыновляемаго на грудь [2]), въ сажаніи на колѣна, въ завертываніи въ плащъ [3]).

Такими же магическими дѣйствіями представляются акты заключенія договора посредствомъ питья крови, извлеченной изъ тѣла контрагентовъ [4]), или посредствомъ рукобитія или соединенія пальцевъ, актъ расторженія договора посредствомъ уничтоженія договорной грамоты [5]). Первый актъ — питье крови контрагентовъ— симпатически дѣлаетъ ихъ членами «одной крови», родичами [6]), и это состояніе родства обезпечиваетъ соблюденіе принимаемыхъ обязанностей. Иногда магическія дѣйствія комбинируются съ заклятіемъ, при чемъ въ заклятіи призывается кара на нарушителя договора или клятвопреступника, а дѣйствіе воспроизводитъ отчасти картину имѣющаго постигнуть виновную сторону несчастія. Такова древняя форма судебной присяги у германцевъ, Vieheid, имѣющая совершенно видъ заговора: присягающій схватывалъ лѣвой рукой подолъ платья и прикасался къ нему пальцами правой руки. При этомъ говорилось: «заклинаю тебя имуществомъ и отцовскимъ наслѣдіемъ. Да сгинетъ твое имѣніе, какъ это платье. Да будутъ прокляты твои кости и члены и исчезнетъ твой скотъ, какъ это платье [7]).

---

[1]) Бытіе, гл. 30, 31—43.
[2]) Подобные же обряды у грековъ и др. народовъ, Фрезеръ, Золотая вѣтвь, I томъ.
[3]) Schroeder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig, 1889 г., стран. 61.
[4]) Lasch, Der Eid. Stuttgart, 1908 г., стран. 73.
[5]) Еще въ законахъ Гаммураби. Wilutzky, II, 143, № 2, 147.
[6]) Lasch, ibidem.
[7]) Brunner. D. Rgs. 430—431, № 36.

Digitized by Google

Такова же присяга per Iovem Silicem у римлянъ. Клянущійся держалъ въ рукахъ кремень и говорилъ: tum (если я умышленно обману) me Dispiter... arce bonisque ejiciat, ut ego hanc lapidem [1]).

Подобнымъ образомъ былъ заключаемъ одинъ изъ древнѣйшихъ договоровъ въ римскомъ правѣ, sponsio, который былъ соединенъ съ возліяніемъ богамъ: «пусть кровь нарушителя будетъ пролита подобно этому вину» [2]).

Еще Гейслеръ видѣлъ въ таинственныхъ рунахъ, запечатлѣнныхъ на предметѣ, передававшемся однимъ контрагентомъ другому при заключеніи договоровъ, такія заклинанія (festuca notata).

Huvelin въ вышеприведенной статьѣ указываетъ на такія же магическія заклинанія, такъ называемыя defixiones, при преслѣдованіи воровъ и разысканіи уворованныхъ вещей. Налагалось заклятіе на вора, если онъ не доставитъ уворованную вещь, на самую украденную вещь, и этимъ объясняется тотъ фактъ въ римскомъ правѣ, что украденная вещь не могла быть предметомъ давностнаго владѣнія, какъ находящаяся подъ заклятіемъ: quod subreptum est, ejus rei aeterna auctoritas esto (А. Геллій).

Мы считаемъ вышеприведенныя формальныя дѣйствія и заклинанія магическими какъ потому, что они по своему внутреннему характеру напоминаютъ технику подражательной магіи и заговоры, воспроизводя жестами или изображая въ словѣ тѣ событія, которыя должны при извѣстныхъ обстоятельствахъ наступить, такъ и потому, что въ нихъ порядокъ совершенія отдѣльныхъ жестовъ и произнесенія словъ предустановленъ и не подлежитъ измѣненіямъ. Послѣднее видно изъ тона текстовъ, знакомящихъ насъ съ правовыми актами, а также изъ того, что мы знаемъ изъ римскаго права о судебныхъ формулахъ. Въ послѣднемъ словесный формализмъ (observatio verborum) былъ такъ силенъ, что, кто хоть на самую малость ошибался при произнесеніи ихъ, проигрывалъ все дѣло. Эти формулы вмѣстѣ съ извѣстными юридическими дѣйствіями давали толчъ древнему праву, имѣя правозарождающій характеръ въ процессуальныхъ актахъ, при заключеніи договоровъ и установленіи другихъ юридическихъ актовъ.

Стоитъ вспомнить манципаціонные акты, сдѣлку nexum, формализмъ стипуляціи, Klage und Antwort въ древнегерманскомъ процессѣ: совершивши наложеніе руки (manus injectio) или произнесши слова: «по сего рѣчи емлю тя, но язъ емлю, а не холопъ»[3]) или: hic ego vos tangano, ut legem dicatis secundum legem salicam

[1]) Huvelin, 33.
[2]) Sohm, Die Institutionen des Römischen Rechts, стран. 38, № 12.
[3]) «Русская Правда». Троицкій списокъ, 81.

Digitized by Google

(въ Салической правдѣ), истецъ принуждалъ этимъ судей и отвѣтчика къ извѣстнымъ дѣйствіямъ[1]). Эти факты дѣлаютъ юридическую формулу преемницей древнихъ заклинаній. Они были для нея прототипомъ, ибо въ нихъ заключалось принужденіе людей и силъ природы къ извѣстнымъ дѣйствіямъ, въ нихъ же имѣлось строгое observatio verborum.

Обыкновенно считаютъ юридическія дѣйствія и формулы символическими актами. Появленіе ихъ, говорятъ, стоитъ въ связи съ первобытной психологіей, привыкшей къ конкретному, къ картинному, чуждающейся абстрактнаго, а также въ связи съ потребностями выдѣлить юридическій актъ, напримѣръ при займѣ, изъ разныхъ житейскихъ безразличныхъ въ юридическомъ отношеніи дѣйствій, вызвать формальной обстановкой болѣе серьезное настроеніе совершающихъ юридическія дѣйствія лицъ, сдѣлать актъ видимымъ для окружающихъ и этимъ сообщить ему публичность. Всѣ эти соображенія справедливы. Но они нисколько не противорѣчатъ тому, что тѣ же формальные акты въ началѣ были магическими и обязаны были своимъ происхожденіемъ особенностямъ примитивнаго мышленія. Въ исторіи права нерѣдко институтъ, служившій опредѣленнымъ цѣлямъ, потомъ приспособляется къ другимъ.

Что формальные акты вышли изъ магическихъ, это доказывается косвенно и тѣмъ, что и въ настоящее время есть обстановки, гдѣ психологія также чужда абстрактному и наклонна къ конкретному и картинному, гдѣ также есть потребность и въ публичности акта и въ серьезности настроенія контрагентовъ и гдѣ тѣмъ не менѣе нѣтъ сложныхъ формальныхъ актовъ, гдѣ формализмъ сравнительно слабъ именно потому, что нѣтъ такой вѣры въ магическія дѣйствія, какая была въ примитивныя времена и даже въ средніе вѣка (процессы вѣдьмъ). Я говорю о нашей деревнѣ, живущей еще въ значительной мѣрѣ обычнымъ правомъ, но отнюдь не отличающейся такимъ расцвѣтомъ формализма, какой былъ въ древнемъ правѣ. Съ другой стороны, магическій формализмъ даетъ намъ возможность объяснить происхожденіе формальныхъ актовъ и формулъ. Иначе откуда они явились бы? Какая сила могла бы внѣдрить въ цѣлые народы привычку къ педантическому соблюденію сложнаго формализма, если бы послѣдній не вытекалъ изъ особенностей примитивнаго мышленія? Правда, у нѣкоторыхъ народовъ былъ могущественный классъ жрецовъ, напримѣръ у евреевъ и римлянъ, игравшій роль въ праворазвитіи. Но и они едва ли могли создать такую капитальную особенность древняго права, какъ технику

[1]) См. мою статью въ «Сборникѣ Правовѣдѣнія». V. Очерки права и процесса въ эпоху «Русской Правды».

Digitized by Google

формалистическихъ актовъ, они могли только урегулировать и укрѣпить ихъ. Но формализмъ господствуетъ и въ правѣ такихъ народовъ, какъ, напримѣръ, славянъ или германцевъ, гдѣ присутствія такого сильнаго класса мы не наблюдаемъ.

Такимъ образомъ мы можемъ сказать, что символическій формализмъ развился изъ магическаго, и первой стадіей правового развитія былъ магическій символизмъ. Конечно, мы не можемъ доказать, что всѣ извѣстные намъ формальные акты, напримѣръ манципаціонные акты римскаго права были въ началѣ магическими, но и они образовались, какъ и юридическія формулы, по шаблону магическихъ актовъ.

Примитивная вѣра въ то, что обѣщаніе создаетъ дѣйствительность, могла дать почву для возникновенія обязательствъ изъ такихъ обѣщаній, въ особенности если обѣщаніе сопровождалось заклинаніями и магическими дѣйствіями.

Потомъ, когда вѣра въ магію и магическую силу обѣщаній начала исчезать, потребности гражданскаго оборота и усилившаяся государственная власть сообщили обѣщаніямъ судебныя гарантіи (о вмѣшательствѣ общинъ въ первобытныя правовыя отношенія будетъ сказано ниже).

Едва ли поэтому справедливо утвержденіе историковъ права, какъ Гейслеръ, что въ древнѣйшія времена не было почвы для довѣрія и для обязательствъ, исполненіе коихъ откладывалось на продолжительное время, что были возможны только договоры на наличныя (Barvertträge) или договоры съ реальнымъ обезпеченіемъ. Не было, можетъ быть, довѣрія, но была вѣра въ то, что слово и жестъ производятъ дѣйствительность. Человѣкъ, давшій обѣщаніе, былъ связанъ имъ уже потому, что вѣрилъ, что обѣщаніе также наступитъ, какъ за весной слѣдуетъ лѣто. По выраженію притчей Соломоновыхъ (VI, 1—2) человѣкъ, поручившійся за ближняго, «опуталъ себя словами» своихъ устъ, «пойманъ словами своихъ устъ». Человѣкъ, нарушившій обѣщаніе, солгавшій, нарушаетъ естественный ходъ вещей, а за этимъ слѣдуетъ, по вѣрованіямъ многихъ народовъ, естественное возмездіе въ родѣ смерти или болѣзни. Мстителями за неправду являются фетиши, духи, боги [1]). У дѣтей существуетъ даже особая магическая техника для предотвращенія послѣдствій лжи [2]). Многіе примитивные народы выдѣляются правдивостью и соблюденіемъ взятаго на себя обязательства [3]).

---

[1]) Вестермаркъ, II, стран. 114—118; стоитъ припомнить эпизодъ съ Ананіей и Сапфирой.

[2]) Скрещиваніе пальцевъ. Тамъ же, II, 117.

[3]) Напр., горцы центральной Индіи. Вестмермаркъ, II, 73.

Digitized by Google

Вѣрность договорамъ и правдивость была добродѣтелью древнихъ персовъ, древнихъ римлянъ (исторія съ Регуломъ) и жителей Скандинавіи, (тамъ же II, 93, 96).

Если государство прежде всего давало судебную защиту формальнымъ и реальнымъ договорамъ, то не потому, что обычное право не знало неформальныхъ договоровъ, а потому, что перваго типа договоры были легче для судебнаго разрѣшенія, такъ какъ воля контрагентовъ была выражена рельефнѣе, не такъ подвержена сомнѣніямъ, какъ въ неформальныхъ. Практика же заклятій, широко распространенная въ примитивныя времена (масса примѣровъ у Lasch'a der Eid), была во всякомъ случаѣ не менѣе мощнымъ воспитательнымъ средствомъ для укрѣпленія привычки исполнять данное обѣщаніе и соблюдать договоры, чѣмъ впослѣдствіи судебные приговоры.

Неразличеніе индивида отъ группы и отъ индивидовъ, составляющихъ ту же группу, возникающія на этой почвѣ замѣстительства, тѣсное общеніе въ предѣлахъ группы объясняютъ многія и притомъ капитальныя черты древняго права. У древнихъ славянъ и германцевъ въ уголовномъ правѣ, въ процессѣ тамъ, гдѣ бы дѣло касалось съ нашей точки зрѣнія интересовъ одного члена или государства, выступаетъ родовой союзъ и проявляетъ въ этихъ выступленіяхъ тѣсную физическую близость. За смерть убитаго мстятъ не только убійцѣ, но и всѣмъ его родичамъ. Виру платитъ убійца вмѣстѣ съ родичами [1]). У египтянъ родичи были отвѣтственны за преступленія сородичей, у евреевъ дѣти за грѣхи родителей до 4-го колѣна [2]). У негровъ за долги неисправнаго плательщика также отвѣчаютъ родичи [3]). Присягу на судѣ у германцевъ приносилъ тяжущій вмѣстѣ съ родичами, которые клялись, сложивъ вмѣстѣ руки и mit gesammten Munde (Brunner Die D. Rgs. II, 379 и слѣд. 433—434, срав. вышеприведенную манеру австралійскихъ женщинъ оплакивать умершаго, тѣсно обнявшись).

Такое же групповое общеніе, основанное на физической близости, проявляется въ нѣкоторыхъ случаяхъ общаго владѣнія по германскому праву, такъ называемому Gesammthand.

Такіе общіе владѣльцы являются «единой физической личностью, какъ бы одно тѣло, при чемъ индивидуальность каждаго сочлена исчезаетъ» [4]). Въ грамотѣ 1366 года говорится: «мы вмѣстѣ будемъ

---

[1]) Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig, 1901, pp. 9—11; Шпилевскій, Союзъ родственной защиты у древнихъ германцевъ и славянъ, 67—69, 128—130.
[2]) Wilutzky, III, 58—62.
[3]) Ibidem, II, 149.
[4]) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, II, 69, № 7.

Digitized by Google

какъ единое лице». Совладѣльцы имѣютъ общее жилище, общій столъ, общій очагъ, sie sind Zusammen um Asche und Tisch. (Stobbe II, 68 № 5 сравн. сожительство въ краляхъ). Долевой характеръ владѣнія здѣсь отсутствуетъ. Первобытныя замѣстительства являются въ формѣ судебнаго представительства родичей другъ за друга. Въ древнерусскомъ правѣ родичи ищутъ и отвѣчаютъ другъ за друга на судѣ [1]), цѣлуютъ крестъ на судѣ другъ за друга, сынъ за мать [2]). «Судебное представительство у германцевъ за дѣтей принадлежало отцу, за опекаемыхъ опекуну» [3]).

Въ другихъ случаяхъ первобытное замѣстительство выражается въ томъ, что дѣйствія, инціаторомъ или объектомъ которыхъ является одинъ родичъ, влекутъ юридическія послѣдствія, не для него, какъ бы мы ожидали, а для другого родича (вспомнимъ принятіе отцемъ лѣкарствъ вмѣсто больного сына).

Отецъ, по древнегерманскому праву, платитъ пеню за проступки, совершенные его дѣтьми, и взыскиваетъ ихъ съ другихъ лицъ за проступки противъ послѣднихъ. Опекунъ считается обиженнымъ, если обижаютъ подопечныхъ, и вчинаетъ за это искъ отъ своего имени. Точно такъ же за проступки подопечныхъ искъ предъявляется къ опекуну [4]). Подобное встрѣчается и въ Римскомъ правѣ [5]). Договоры въ интересахъ малолѣтняго заключаетъ опекунъ отъ своего имени, но искъ (utilis actio), связанный съ этимъ договоромъ, принадлежитъ подопечному [6]). Наконецъ, по основному правилу древнеримскаго права все, что ни пріобрѣтаетъ сынъ семейства, все дѣлается собственностью его отца, хотя сынъ въ пріобрѣтательныхъ сдѣлкахъ является самостоятельнымъ, дѣеспособнымъ лицомъ, а не довѣреннымъ или простымъ орудіемъ сдѣлки [7]). Всѣ эти замѣстительства, играющія такую роль въ древнемъ семейномъ правѣ, возникли на почвѣ примитивнаго отождествленія членовъ группы. Память объ этомъ сохранилась въ римскомъ правѣ. Отецъ и дѣти отождествлялись другъ съ другомъ, между ними было unitas personae, unitas oris (единство личности, единство рѣчи): cum et natura pater et filius eadem persona paene intelleguntur (по природѣ отецъ и сынъ почти одно и то же лицо Cod. 6, 2 l. 11. § 1), quia vox tua tamquam filii sit sicuti filii tamquam tua intellegitur in his rebus, quae tibi adquiri possunt (Instit. 3, 19. § 4 въ отношеніи

[1]) Шпилевскій, 147—148.
[2]) Шпилевскій, 161, въ мѣстническихъ спорахъ, 198—199.
[3]) Шредеръ, стран. 312.
[4]) Шредеръ, 312, 314.
[5]) Шулинъ, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts. Stuttgardt, 1889 г., 188, 247, actio noxalis.
[6]) Шулинъ, 189.
[7]) Baron, Pandekten, изд. 2-е, 539.

Digitized by Google

пріобрѣтенія имуществъ голосъ твоего сына считается твоимъ голосомъ).

Эта unitas oris напоминаетъ вѣрованіе Колошей въ то, что во время произнесенія нѣкоторыхъ пѣсенъ устами поющаго поетъ его предокъ [1]). Это же представленіе о единствѣ личностей отца и сына легло и въ основаніе римскаго наслѣдственнаго права: cum... nostris legibus unam quodammodo esse personam haeredis et qui in eum transmittet haereditatem (т.-е., по нашимъ законамъ наслѣдникъ и паслѣдодатель представляются единой личностью, Новелла 48, pr). Изъ такого представленія дѣлались соотвѣтственные выводы, напримѣръ въ отношеніи exceptio rei venditae traditae, заклада чужой вещи (haeredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus constat. Dig. 50, 17 l. 59). Подобное въ Индѣйской Магабгаратѣ: «мужъ долженъ глядѣть на жену, мать его сына, какъ на собственную мать» [2]).

Возникавшія на почвѣ неразличенія членовъ группы другъ отъ друга замѣстительства были упорядочены въ послѣдующемъ развитіи права такъ, какъ это наиболѣе соотвѣтствовало потребностямъ общественнаго и гражданскаго порядка. Въ римскомъ правѣ эти замѣстительства были тонко распредѣлены между отцомъ и дѣтьми по отношенію къ разнымъ видамъ семейнаго имущества. Изъ этихъ замѣстительствъ вышла значительная доля правомочій отца и опекуна по отношенію къ семейному имуществу.

Въ тѣсномъ единеніи членовъ группы несомнѣнно была почва и для развитія идеи юридическаго лица. Общая цѣлому семейству семейная душа (см. выше) является предшественницей этой идеи, выработка которой дала столько работы европейской юридической мысли и привела къ столькимъ контроверзамъ. Римское право хотя въ нѣкоторыхъ практическихъ случаяхъ и отличало universitas (юридическое лицо) отъ реальныхъ физическихъ лицъ (si quid universitati debetur, singulis non debetur: обязательства по отношенію къ корпораціи не есть обязательство по отношенію къ ея сочленамъ) и до извѣстной степени персонифицировало общину (persona publica, persona coloniae), но до полнаго отдѣленія того или другого не дошло. Universitas или persona publica незамѣтно сливались съ singuli, весьма напоминая вышеприведенные случаи неразличенія членовъ группы отъ самой группы, къ которымъ весьма подходитъ формулировка, данная Гирке: Einheit und Vielheit. Это видно изъ Dig. 3, 4 l. 7, § 2, гдѣ universitas только nomen, названіе (stet nomen universitatis), гдѣ права юридическаго лица есть jus omnium

[1]) «L'année sociologique», 1906—1909, p. 117.
[2]) Wilutzky, II, 22.

Digitized by Google

(право всѣхъ) и гдѣ это jus omnium можетъ стать достояніемъ одного человѣка (cum jus omnium in unum recideriť), если въ корпораціи останется одинъ человѣкъ, и тогда искъ долженъ быть предъявленъ къ нему (posse cum convenire et conveniri). О корпоративномъ имуществѣ говорится какъ о res communes, arca communis (общія вещи Dig. 3, 4 I § 1). Въ глазахъ юристовъ они были corpora incerta (неопредѣленныя лица) съ весьма ограниченной правоспособностью [1]). Такое же неразличеніе юридическаго лица и его имущества отъ сочленовъ союза и ихъ имущества встрѣчается и въ средневѣковыхъ общинахъ [2]).

Представленіе разныхъ сложныхъ явленій въ видѣ личности встрѣчается нерѣдко у примитивнаго человѣка: болѣзни въ видѣ злой личности, мучающей человѣка, грѣха въ видѣ дьявола (у древнихъ персовъ), отдѣльныхъ свойствъ Божіихъ (напримѣръ премудрости Притчи Соломоновы гл. 8, ст. 22 и слѣд.). Но эта персонификація, примѣнявшаяся у римлянъ къ юридическому лицу, не обезпечивала противоположенія послѣдняго физическимъ лицамъ (singuli). Въ личности ея элементы могли исчезать безъ остатка и не противополагаться ей, какъ самостоятельные субъекты. На развитіе таковаго противоположенія могли оказать вліяніе представленія о душѣ юридическаго лица. Эти представленія являлись тогда, когда надобно было отвѣтить на нѣкоторые вопросы, разрѣшеніе которыхъ относительно физическихъ лицъ было связано съ ихъ психологіей. Можно ли отлучить юридическое лицо? Можетъ ли оно совершить проступокъ или преступленіе? Признать реально душу за юридическимъ лицомъ не рѣшались, но жизнь требовала признанія юридическихъ лицъ отвѣтственными за преступленія [3]), и вотъ является представленіе о душѣ юридическаго лица et sic eadem fictione animam habent et delinquere possunt et puniri: такимъ образомъ фикція дѣлаетъ юридическихъ лицъ имѣющими душу и могущими совершать проступки и подвергаться наказаніямъ [4]). Такую фикцію признаетъ и Бартолъ [5]), говоря, однако, что realiter цѣлое не отличается отъ частей. Zasius говоритъ объ umbra personae (тѣнь, подобіе личности), другіе о persona moralis, artificialis [6]). Этимъ подготовляется позднѣйшая Fictionnstheorie. Но и для Genossenschaftstheorie [7]), признающей наличность

[1]) Шулинъ, 160.
[2]) Stobbe, I, 439—444.
[3]) Regelsberger, Pandekten, 328.
[4]) Папа Іоаннъ, XII—XIV вв. Дювернуа. Изъ курса лекцій по гражданскому праву, 378, 382.
[5]) XIV в. Дювернуа, 382—383.
[6]) Gierke, Deutsches Privatrecht, I, 469, № 4.
[7]) Regelsberger, 298—299.

Digitized by Google

союзныхъ единицъ, воля которыхъ независима отъ воли физическихъ лицъ[1]), въ примитивныхъ вѣрованіяхъ была почва въ вѣрованіи въ существованіе семейной души. Послѣдняя вѣдь также есть реальная сущность, общая нѣсколькимъ физическимъ лицамъ. Во всякомъ случаѣ не одно только представленіе о юридическомъ лицѣ, какъ о личности, содѣйствовало развитію современныхъ взглядовъ на него, но и представленіе о душѣ юридическаго лица.

Прикосновеніе, играющее большую роль въ первобытномъ міровоззрѣніи (священный предметъ сообщаетъ святость соприкасающемуся съ нимъ предмету — Дюркгеймъ, 455, — прикосновеніемъ можно перенести болѣзнь на другое лицо и т. д.) создаетъ по вѣрованіямъ дикарей магическую связь между человѣкомъ и вещами, съ которыми онъ находился хотя бы въ кратковременномъ, случайномъ соприкосновеніи, напримѣръ съ остатками его пищи. Общеизвѣстенъ фактъ, что можно колдовать надъ остатками пищи человѣка, надъ его одеждой, и причинить ему зло [2]).

Въ такомъ же положеніи находятся выдѣленія человѣка, частицы его тѣла: колдуя надъ ними, также можно было ему повредить. Поэтому дикарь тщательно бережетъ ногти, волосы, одежду, объѣдки пищи, чтобы они не попали въ руки злому человѣку[3]). Онъ даже побоится продать чужеземцу товаръ, не побратавшись предварительно съ нимъ (у мексиканцевъ — Леви-Брюль). Поучителенъ разсказъ у Джемса[4]) о томъ, какъ одному человѣку была сдѣлана пластическая операція носа, при чемъ для этого была употреблена кожа другого человѣка. Спустя нѣкоторое время носъ началъ гнить и, оказалось, что тотъ человѣкъ, у котораго была взята кожа для операціи, умеръ. Такимъ образомъ человѣкъ сохранилъ связь съ кускомъ своего тѣла, который уже сросся съ тѣломъ другого человѣка, и смерть его повлекла за собой и уничтоженіе этого куска. Связь эта съ предметами, съ которыми человѣкъ соприкасался, выражается и въ томъ, что, когда человѣкъ умираетъ, нечистота, присущая его трупу, передается всему, что въ сознаніи живыхъ было съ нимъ связано, напр., рѣкамъ, гдѣ онъ ловилъ рыбу, дому, въ которомъ онъ умеръ (племя Olo-Ngadju — Герцъ, 62). Точно такъ же если человѣкъ ранилъ врага, то онъ можетъ заставить разболѣться эту рану, принимая горячіе напитки[5]). У знатныхъ, у королей эта связь, такъ сильна, что прикосновеніе къ тѣмъ же предметамъ, къ коимъ они прикоснулись, другихъ людей опасно

[1]) Regelsberger, 291—294, 298.
[2]) Фрезеръ, I, 62—63.
[3]) Тейлоръ, Первобытная культура. С.-Пб. 1896 г., I, 104—105.
[4]) Многообразіе религіознаго опыта. Переводъ. Москва, 1910 г., стран. 487.
[5]) Фрезеръ, Золотая вѣтвь, I, 59.

Digitized by Google

для послѣднихъ, приноситъ имъ болѣзнь и смерть. Отсюда возникаетъ запретъ для другихъ людей, табу по отношенію къ такимъ предметамъ, и по отношенію къ нимъ для королей и знатныхъ развивается право собственности. Такимъ образомъ возникли большія земельныя владѣнія королей въ Полинезіи[1]). «Святость короля подобна сильному яду — все что ни приходило въ малѣйшее соприкосновеніе съ королемъ или королевой (платье, дома, лодки, носильщики), становилось святымъ, жилище, въ которое онъ входилъ, должно было быть оставлено навсегда собственникомъ и имъ могли пользоваться только эти священныя особы»[2]). Нарушеніе такого табу грозило смертью[3]). «На многихъ Полинезійскихъ островахъ табу вождей имѣетъ такую силу и такъ прилипчиво, что если вождь ступилъ на землю, она уже дѣлается запретной, и пользоваться ею нельзя. Поэтому вождямъ не даютъ ходить по землѣ, а носятъ ихъ на носилкахъ»[4]).

Физическое и въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже психическое соприкосновеніе было однимъ изъ древнѣйшихъ, если не самымъ древнимъ источникомъ пріобрѣтенія собственности. Юридическая практика примитивныхъ народовъ выдѣлила наиболѣе энергичные и долговременные способы такихъ соприкосновеній, какъ устанавливающіе наиболѣе тѣсную связь человѣка съ предметами, и пріурочила къ нимъ возникновеніе права собственности. Человѣкъ считался въ тѣсной связи съ землей, гдѣ была пролита его кровь, на которой онъ былъ рожденъ, даже на которой были кости его родичей[5]).

Дѣлая выборъ между разными видами физическаго соприкосновенія, какъ источника собственности, примитивный человѣкъ сознательно или безсознательно руководствовался практическими соображеніями, оцѣнкой жизненнаго значенія помянутыхъ видовъ. Такъ у многихъ народовъ выдвигается трудовой принципъ, обработка и эксплуатація[6]), запущеніе обработки ведетъ къ потерѣ собственности. На островахъ Полинезіи кто садитъ пальму, пріобрѣтаетъ не только право на нее, а и на весь участокъ земли, гдѣ она растетъ[7]).

Въ другихъ случаяхъ выдвигался иной видъ соприкосновенія, моментъ захвата и, завладѣнія[8]). Въ случаяхъ овладѣнія дикими

---

[1]) Леманъ, 17—18.
[2]) Frazer, Psyche's task, стран. 8.
[3]) Тамъ же, 18.
[4]) Шурцъ, Исторія первобытной культуры, перев. Пименовой и Гредескулъ, 318—319.
[5]) Вестермаркъ, II, 38—41.
[6]) Ibidem, II, 38—41; Wilutzky, II, 120 и слѣд.
[7]) Wilutzky, II, 125.
[8]) Ibidem, II, 125—129.

Digitized by Google

животными, особенно выдвигается моментъ соприкосновенія, хотя бы психическаго, передъ другими соображеніями: кто первый ранилъ животное, первый бросилъ дротикъ, даже первый увидалъ его пріобрѣтаетъ на него право, хотя бы другой и овладѣлъ этимъ животнымъ[1]). Значеніе чистаго момента соприкосновенія проявляется въ томъ, что человѣкъ теряетъ наличное право на вещь, разъ физически покидаетъ ее: перестаетъ обработывать поле, оставляетъ домъ, колодезь, водоемъ, пойманнаго въ сѣти звѣря[2]).

Наиболѣе часто заимка или завладѣніе сопровождается установленіемъ межевыхъ знаковъ и на нихъ переходитъ сила, связующая человѣка съ предметомъ, сила, опасная для чужеземцевъ, угрожающая имъ болѣзнью или смертью. Достаточно окружить участокъ земли шерстяной ниткой (дикари Кумана) или сдѣлать на двери дома мѣтку изъ воска) (въ Новой Зеландіи), чтобы владѣніе было табу (запретно) для постороннихъ и чтобы они не рѣшались нарушить этотъ запретъ, иначе имъ грозитъ смерть[3]). По большей части знаки собственности носятъ магическій характеръ[4]), изображая напр. животное, которое должно истребить человѣка, нарушающаго чужую собственность. На дерево вѣшаются листья, сложенные на подобіе акулы (the white shark taboo), или помѣщается челюсть кабана, изображеніе крокодила, змѣи и др.[5]). Все это случаи знакомой намъ подражательной магіи, воспроизводящей картинно часть желаемой дѣйствительности. Но этимъ не ограничиваются: ставя такія изображенія, нашептываютъ проклятія по адресу нарушителей или же пишутъ ихъ на знакахъ собственности[6]). Поэтому такія изображенія считаются зачарованными и угрожаютъ смертью нарушителямъ[7]).

Сродство магическихъ и религіозныхъ силъ привело къ тому, что пограничные знаки считаются священными у культурныхъ народовъ и посвященными богамъ (Зевсу, Юпитеру, Терминусу), мстящимъ за ихъ истребленіе. Нарушеніе границъ считалось поэтому у евреевъ и грековъ святотатственнымъ[8]). У римлянъ нарушеніе границъ, termini motio, вело за собою наказаніе религіознаго характера не только для нарушителя, но и для быковъ, переоравшихъ межу (Festus, sub v. Terminus) Такимъ образомъ магическія

---

[1]) Вестермаркъ, II, 38—39.
[2]) Ibidem, 39—40.
[3]) Леви-Брюль, 394—395.
[4]) Wilutzky, II, 129—131.
[5]) Фреверъ, Psyche's task, 22—25.
[6]) Вестермаркъ, II, 63—66; примѣръ такого заклятія. — Фреверъ, Psyche's task, 25—24.
[7]) Вестермаркъ, II, 64.
[8]) Вестермаркъ, II, 59—61, 67—69.

Digitized by Google

дѣйствія и заклятія сыграли такую же роль для укрѣпленія вещныхъ правъ, какъ и для обязательственныхъ.

Понятно, какова должна быть шаткость правъ при такой преувеличенной оцѣнкѣ момента соприкосновенія, вытекавшей изъ магическаго характера послѣдняго. Римское право кореннымъ образомъ ограничило значеніе физическаго соприкосновенія, обусловивъ пріобрѣтеніе и потерю владѣнія не только физическимъ моментомъ, но и психическимъ [1]), ограничивъ предѣлы оккупаціи (дерелинквированными, непріятельскими вещами и проч.), обставивъ трудными условіями пріобрѣтеніе собственности по давности. Противоположеніе души и тѣла (animus et corpus), оказавшее вліяніе въ средніе вѣка на развитіе идеи юридическаго лица, и здѣсь послужило на развитіе и укрѣпленіе вещныхъ правъ, при чемъ animus (*ψυχὴ δεσπόζοντος* Византійскихъ юристовъ) получило значеніе воли владѣть для себя. Это противоположеніе могло появиться лишь въ сравнительно позднюю эпоху, когда создалось представленіе о двойникѣ человѣка, о душѣ (главнымъ образомъ въ видѣ эѳирнаго двойника). Но тѣмъ не менѣе и въ средневѣковомъ правѣ физическій моментъ соприкосновенія имѣетъ большое значеніе. Лишь новѣйшая юриспруденція отдѣлывается отъ него, выдвигая психическій (animus).

Въ опредѣленіяхъ владѣнія по римскому праву особенно настаивается на физическомъ моментѣ (rei insistere, corpore rem contingere) и до Савиньи владѣніе опредѣлялось, какъ обнаруженіе фактическаго воздѣйствія на владѣемый предметъ. Физическій моментъ при традиціи до того стѣснялъ гражданскій оборотъ, что юристы должны были разъяснять, что для овладѣнія вещью нѣтъ необходимости физически (corpore et tactu)... схватить вещь, нѣтъ необходимости обойти всѣ глыбы земли [2]).

Реалистическій элементъ имѣлъ большое значеніе при передачѣ движимыхъ и недвижимыхъ имуществъ и въ древнегерманскомъ правѣ, въ особенности передача послѣднихъ обставлялась сложной процедурой: передавалась часть самой вещи въ видѣ глыбы земли (Torf und Zweig), косяка, веревки отъ колокола — при передачѣ церкви или дома (pars pro toto, иногда другіе предметы, напр. перчатка). Но сверхъ того совершался особо-торжественный обрядъ очищенія передаваемаго участка (exitus, werpitio, Auflassung) mit Finger und Zunge, curvatis digitis (съ согнутыми пальцами).

---

[1]) Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore, т.-е. пріобрѣтаемъ владѣніе совмѣстной наличностью физическаго овладѣнія и желанія владѣть для себя. Dig., 43, 17, l. I, § 3.

[2]) Dig., 41, 2, I, § 21, 3, § 1.

Digitized by Google

Въ Гольштейнѣ до недавняго времени существовали такіе обряды: обѣ стороны поднимаютъ правую руку, при чемъ указательный и средній палецъ согнуты, мизинецъ соединенъ въ одно съ четвертымъ и пятымъ пальцами. Передающій участокъ заявляетъ о передачѣ, отводя руку отъ тѣла, принимающій, заявляя о принятіи участка, прижимаетъ руку къ тѣлу[1]). Эта процедура съ такимъ дѣятельнымъ участіемъ пальцевъ, заставляетъ думать, что мы и здѣсь имѣемъ дѣло съ магическимъ обрядомъ, имѣющимъ цѣлью, съ одной стороны, присоединить пріобрѣтаемую вещь къ тѣлу новаго владѣльца, а, съ другой стороны, прекратить связь вещи съ тѣломъ прежняго владѣльца. И это въ интересахъ прежняго владѣльца. Иначе новый владѣлецъ можетъ всякими чарами надъ вещью, связь которой съ тѣломъ прежняго владѣльца не прекращена, вредить послѣднему. Движеніе пальцевъ вообще играетъ большую роль въ обрядѣ клятвы, въ магическихъ пріемахъ, въ обрядахъ отогнанія злыхъ духовъ. Стоитъ вспомнить магическія манипуляціи при помощи двухъ пальцевъ, которыя дѣлалъ римскій отецъ семейства, чтобы удалить изъ дому духовъ, день которыхъ праздновался въ маѣ[2]). Манипуляція съ пальцами была въ большомъ ходу для уничтоженія послѣдствій лжи или лжеприсяги[3]). Рука съ вытянутымъ указательнымъ пальцемъ является талисманомъ въ южной Италіи[5]). Въ легендѣ племени Квакіутль палецъ является проводникомъ сверхъестественныхъ силъ: протянувъ его къ врагу, герой, предокъ этого племени пробиваетъ ему голову[4]). Древнѣйшая форма германской традиціи описана въ вышеупомянутомъ титулѣ 58 Салической правды.

Преступникъ, не имѣвшій средствъ уплатить виру за убійство, передавалъ землю родственникамъ, на которыхъ затѣмъ переходила уплата виры. При этомъ онъ кидалъ землю на плечи родичей, а затѣмъ покидалъ ее, перескочивъ съ палкой въ рукѣ черезъ заборъ. Этимъ опъ симпатически разрывалъ мистическія узы, связывавшія его съ землей, и мистически же соединялъ съ ней родичей, съ которыхъ потомъ взыскивалась вира[6]).

Сопоставляя вѣрованія въ магическую связь человѣка съ принадлежащими ему предметами, съ нѣкоторыми другими фактами древняго права, нельзя не притти къ заключенію, что въ его отношеніи къ послѣднимъ было нѣчто общее съ его отношеніемъ къ ча-

---

[1]) Шредеръ, 264, № 6.
[2]) Фреверъ, II, 334—335; Lasch, 104—105.
[3]) Lasch, 98; Вестермаркъ, II, 117, № 2.
[5]) Шурцъ, 831.
[4]) Дюркгеймъ, 271, № 1.
[6]) Шредеръ, 264, № 85; Brunner, D. Rgs., I, 219—220.

Digitized by Google

стямъ собственнаго тѣла и что предметы, принадлежащіе ему, были, въ представленіи людей, чѣмъ-то въ родѣ частей его тѣла, продолженіемъ его физической личности. Какъ мы видѣли выше, можно было колдовать надъ частями его тѣла, отдѣлившимися отъ послѣдняго (волосы, ногти), и черезъ нихъ вліять на его судьбу. Подобныя же магическія операціи можно было производить и надъ его имуществомъ (напр. одеждой). Съ другой стороны, въ древнѣйшемъ правѣ части тѣла могли быть, какъ и принадлежащіе человѣку вещи, предметомъ сдѣлокъ. Должникъ предоставляетъ кредитору въ случаѣ неуплаты долга право: отрѣзать палецъ, кусокъ мяса, выколоть глазъ.

Подобное условіе беретъ Шейлокъ съ Венеціанскаго купца[1]).

При болѣе культурномъ понятіи о физическомъ субъектѣ правъ члены человѣческаго тѣла уже не могли играть такой роли.

Предположеніе о такой точкѣ зрѣнія на связь предметовъ съ тѣломъ человѣка, при которой они какъ бы считались частью послѣдняго, подтверждается текстомъ XII таблицъ: partis secanto. Кредиторы при неуспѣшности взысканія могли разрубить на части должника. Этотъ текстъ теряетъ свою абсурдность, если понимать подъ разрѣзываемымъ должникомъ не тѣло послѣдняго, а имущественные предметы, составляющіе одно съ нимъ цѣлое, т.-е. цѣль закона предоставить кредиторамъ раздѣлъ имущества должника.

Возможно, что толкованіе этого закона, какое мы видимъ у Авла Геллія, и также законы въ родѣ старыхъ Норвежскихъ о вырѣзываніи кусковъ изъ тѣла должника, возникли въ то время, когда было потеряно первобытное представленіе о личности должника и послѣднюю стали отождествлять съ его тѣломъ.

Тогда правило о раздѣленіи его на части стали относить къ вырѣзыванію изъ него кусковъ тѣла. На близкое отношеніе имущества къ тѣлу должника, къ его личности указываютъ: выраженія mobilia, quae ossibus inhaerent[2]), мѣстоимѣнія, относящіяся къ правамъ на вещи, мое, твое, собина (отсюда собственность), т.-е. что близко къ «я», къ «себѣ», можетъ быть также такіе факты: по древнескандинавскимъ обычаямъ, кто побѣждалъ другого на поединкѣ, пріобрѣталъ право его наслѣдовать. Точно такъ же у язычниковъ Исландіи земля могла быть отнята у собственника побѣдившимъ его на поединкѣ[3]). Эти обычаи легче всего объясняются при предположеніи, что вещи, принадлежавшія побѣжденному, были какъ бы частями

---

[1]) Удинцовъ, Исторія займа, 208—211.
[2]) Wilutzky, II, 166.
[3]) Ibidem, II, 126; ср. подобный договоръ Мстислава съ Редедею Касожскимъ передъ поединкомъ.

Digitized by Google

его тѣла, и кто овладѣлъ имъ самимъ (побѣдой на поединкѣ), становился и господиномъ его вещей. Эта же интимная связь между человѣкомъ и принадлежащимъ ему имуществомъ обнаруживается въ томъ, что въ римскомъ правѣ послѣднее, будучи частью тѣла хозяина, послѣ смерти его становится его представителемъ (pars pro toto; см. ниже о haereditas jacens). Замѣтимъ, что и позднѣйшее право не различало отношенія одной вещи къ другой, какъ принадлежности къ главной вещи, отъ отношенія части къ цѣлому. Принадлежности вещей въ римскомъ правѣ называются pars rei, quasi pars[1]).

Вѣра въ то, что умершій человѣкъ продолжаетъ жить среди живыхъ, вмѣшивается въ ихъ жизнь, слѣдитъ за ихъ поведеніемъ, несомнѣнно должна была оказать вліяніе на развитіе институтовъ права и процесса. Прежде всего въ ордаліяхъ, гдѣ отысканіе виновнаго нерѣдко поставлено въ зависимость отъ того, какъ реагируетъ трупъ его жертвы, напр., въ ордаліи Bahrgericht трупъ убитаго начинаетъ сочиться кровью при прикосновеніи къ нему убійцы. Иногда убитый вздрагиваетъ, когда при немъ произносятъ имя убійцы[2]). Такое представленіе объ умершемъ человѣкѣ дало возможность для средневѣковаго права отыскать субъекта права для нѣкоторыхъ учрежденій, какъ напр. монастырей. Такимъ субъектомъ является святой, которому посвящено учрежденіе, является не какъ символъ, а какъ реальное лицо: надъ его мощами совершались сдѣлки, мощи его выносились въ судъ при тяжбахъ[3]). Это же представленіе объ умершемъ человѣкѣ повело въ исторіи русскаго права къ созданію института душеприказчиковъ.

Душа покойнаго, интересующаяся участью близкихъ и ихъ имущественными отношеніями, не можетъ реально участвовать въ гражданскомъ оборотѣ уже потому, что лишена тѣлесныхъ органовъ. По отношенію къ гражданскому обороту она находится въ положеніи малолѣтняго. Надъ ней, какъ и надъ послѣднимъ, должна быть учреждена опека. И вотъ эта опека является въ формѣ душеприказщичества.

Человѣкъ отдаетъ свою душу въ распоряженіе душеприказчика, какъ отдаетъ въ распоряженіе опекуна своихъ дѣтей, какъ отдаетъ въ распоряженіе своихъ наслѣдниковъ имущество. Для отдачи послѣдняго въ распоряженіе наслѣдниковъ между другими терминами (даю и др.) изрѣдка встрѣчается терминъ приказываю, въ осо-

---

[1]) Baron, стран. 70—71.
[2]) Колеръ, Философія права и универсальная исторія права. Кіевъ, 1913 г., стран. 143.
[3]) Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, I, 314—316.

Digitized by Google

бенности въ княжескихъ грамотахъ: «приказываю сынамъ своимъ отчину свою Москву», «а приказываю животъ свой госпожи своей матери Онтоньи и сынови своему Феодору отцыну свою и дѣдину землю и воду»[1]). Это же выраженіе «приказываю» является обычнымъ, когда дѣло идетъ о предоставленіи души въ распоряженіе душеприказчика, или опекуна: а приказываю свою душу и свою жену и свои дѣти своему господину и своему дѣду Федору Александровичу[2]). Цѣль душеприказчиковъ — устройство положенія души: «по моей души поправити»[3]). Непогашенные долги тяготѣли надъ человѣкомъ не только при жизни, но и были тяжелымъ бременемъ на его душѣ послѣ смерти, и его наслѣдники или душеприказчики должны были свести эти долги съ его души («а съ моее души сведутъ»), а тѣ деньги, говорится въ одномъ духовномъ завѣщаніи, платить сыну моему О., а меня въ долгу не положити, а души моей тѣмъ не повредити[4]). Нерѣдко душа поручалась вѣдѣнію ближайшихъ наслѣдниковъ завѣщателя, и это, конечно, содѣйствовало развитію того взгляда, что наслѣдникъ долженъ платить долги завѣщателя.

Вѣра въ то, что умершій можетъ жестоко отомстить за неисполненіе своей воли, могла оказать большое вліяніе на уваженіе къ посмертной волѣ, на крѣпость завѣщательныхъ распоряженій. Умершій можетъ проклясть изъ гроба сына, неуважающаго его послѣднюю волю[5]). Древнерусскія завѣщанія наполнены проклятіями, имѣющими, конечно, христіанскій характеръ, противъ нарушителей завѣщательной воли и вступщиковъ въ имущество, завѣщанное другому лицу. Здѣсь съ вѣрою въ продолжающуюся жизнь мертвецовъ соединяется вѣра въ силу заклятій. Новогвинейскіе папуасы вѣрятъ въ то, что умершіе производятъ землетрясенія, бури и потопы, насылаютъ болѣзни, если родственники не исполняютъ ихъ послѣдней воли[6]). Вѣра въ призракъ умершаго, преслѣдующій убійцу со всѣми его родичами и соплеменниками (исторія Ореста), была могучимъ средствомъ, чтобы вселить страхъ отдѣльнымъ людямъ и цѣлымъ общинамъ передъ пролитіемъ крови и тѣмъ обезпечить безопасность человѣческой жизни[7]). Вѣрованіе въ то, что мертвецъ продолжаетъ сохранять права, принадлежавшія ему

---

[1]) Мой, Анализъ нѣкоторыхъ пунктовъ древнерусскаго завѣщанія, стран. 9, №№ 1 и 6.
[2]) «Акты юридическіе», № 419, 1472 г., №№ 421, 423.
[3]) Ibidem, 423, 421, II: и имъ, т.-е. душеприкащикомъ, пожаловати душа моя и жены моей Марьину душу устроить по сей моей духовной памети.
[4]) Анализъ, 113.
[5]) У южныхъ славянъ, Вестермаркъ, I, 541.
[6]) Подобное же у негровъ Восточной Африки.—Wilutzky, II, 178.
[7]) Frazer, Psyche's task, 52—81.

Digitized by Google

при жизни, и что человѣка соединяетъ съ его имуществомъ магическая связь, легко могло принять такую форму, что послѣ смерти человѣка его имущество носитъ въ себѣ часть его личности и является какъ бы представителемъ послѣдней (pars pro toto). Таково было представленіе римлянъ о лежачемъ наслѣдствѣ: «haereditas defuncti personam, defuncti vicem sustinet, defuncti locum obtinet, т.-е. наслѣдство представляетъ личность умершаго. Изъ этого дѣлались практическіе выводы въ родѣ того, что если умершій наслѣдодатель могъ получать легаты, то ихъ могъ получать и рабъ, входящій въ составъ наслѣдственной массы [1]). Не утратилось у культурныхъ народовъ и представленіе о томъ, что въ дѣтяхъ возрождается духъ ихъ умершихъ родичей. Это представленіе могло вліять на развитіе наслѣдственнаго права.

Идея такой метампсихозы встрѣчается и у европейскихъ народовъ. У галловъ былъ обычай брать въ заемъ деньги съ тѣмъ, чтобы возвратить ихъ тогда, когда должникъ будетъ въ другомъ существованіи. У народовъ Италіи была вѣра въ возрожденіе дѣтей, умершихъ въ раннемъ возрастѣ [2]). У римлянъ родственникъ умершаго наклонялся надъ нимъ, чтобы воспріять въ себѣ его душу (excipiet hanc animam ore pio, т.-е. примешь въ себѣ благочестивыми устами духъ усопшаго). То же у семиноловъ во Флоридѣ (Тейлоръ).

Такая связь наслѣдственныхъ правъ съ переходомъ души замѣчается въ вѣрованіяхъ племени Ніасъ (въ Голландской Индіи): наслѣдникомъ главы деревни становится то лицо, въ котораго черезъ ротъ вошла душа умершаго, хотя бы воспринявшій душу былъ не родственникъ умершему [3]). У другихъ племенъ человѣкъ, на котораго перешло имя умершаго и вмѣстѣ съ именемъ его душа, вступаетъ во всѣ его права [4]). Идеи о связи лежачаго наслѣдства съ личностью наслѣдодателя, объ unitas oris (см. выше) не есть только фикціи, какъ думаютъ нѣкоторые пандектисты. Это первобытныя представленія, смутно сохранившіяся въ памяти позднѣйшихъ поколѣній. Послѣдніе утратили представленіе о ихъ подлинномъ значеніи (поэтому оговорки римскихъ юристовъ въ родѣ tamquam, quodammodo) и пользовались ими, какъ юридическими конструкціями, чтобы сдѣлать требуемые жизнью выводы въ области семейнаго и наслѣдственнаго права.

Такимъ образомъ первобытныя представленія о природѣ и человѣкѣ во многихъ отношеніяхъ повліяли на развитіе гражданскаго права и процесса. Въ другихъ случаяхъ мы можемъ пред-

[1]) Baron, 583.
[2]) Reinach, Orpheus, перев. Малера. Leipzig, 1911 г., 98, 116.
[3]) Wilutzky, III, 19, № 1.
[4]) Герцъ, 120, № 1.

Digitized by Google

положить такое вліяніе. Магическая связь человѣка съ предметами, съ которыми онъ вошелъ въ физическое общеніе, легла въ основу правъ на вещи. Вѣра въ осуществленіе задуманной дѣйствительности могла дать почву для возникновенія обязательственныхъ отношеній. Древнія замѣстительства, возникшія изъ неразличенія члена группы отъ другихъ членовъ и отъ самой группы, составили значительную часть семейнаго права. Вѣра въ переселеніе душъ была однимъ изъ главныхъ факторовъ наслѣдственнаго права. Вмѣстѣ съ этими главными правообразующими силами дѣйствуютъ другія вѣрованія въ качествѣ дополнительныхъ силъ. Вѣра въ магическіе обряды и заклинанія много содѣйствовала укрѣпленію вещныхъ и обязательственныхъ правъ и содѣйствовала развитію гражданскаго процесса. Вѣра въ мертвецовъ, продолжающихъ жить среди оставшихся въ живыхъ и вліять на ихъ поведеніе, должна была содѣйствовать укрѣпленію завѣщательнаго права, многихъ нормъ брачнаго права и дала почву для возникновенія субъектовъ права въ нѣкоторыхъ учрежденіяхъ. Многія изъ этихъ вѣрованій создали или могли создать извѣстное отношеніе человѣка къ вещамъ и другимъ людямъ, вліявшее на поведеніе послѣднихъ. Если сила, связующая человѣка съ матеріальнымъ предметомъ, угрожала другимъ лицамъ смертью или болѣзнью за прикосновеніе къ послѣднему, то для человѣка, овладѣвшаго физически предметомъ, открывалась возможность безпрепятственно эксплуатировать его. Создавалось, съ нашей точки зрѣнія, субъективное право пользованія этой вещью и гарантіей этого права служила эта зловредная сила. Эта гарантія удесятерялась, если при этомъ владѣлецъ еще совершилъ магическіе обряды и заклятія, угрожавшіе разными вредными послѣдствіями для нарушителей владѣнія. Если одинъ человѣкъ обѣщался дать вещь или оказать услугу, оба они вѣрили, что обѣщанное несомнѣнно наступитъ.

И эта вѣра въ связи съ магическими обрядами и заклятіями могла дать сильную гарантію исполненія обѣщаннаго.

Вѣра эта должна была гипнотизировать обѣщавшаго. Онъ дѣлалъ это такъ же, какъ загипнотизированный человѣкъ исполняетъ данное ему въ гипнозѣ приказаніе. Такимъ образомъ изъ обѣщанія могъ возникать хорошо гарантированный интересъ. Эти отношенія, зиждущіяся на примитивныхъ вѣрованіяхъ, въ тѣ времена исполняли то назначеніе, какое въ настоящее время принадлежитъ нормамъ права.

Отношенія эти, носящія характеръ власти, гарантированнаго интереса, походили на то, что у современныхъ юристовъ назы-

Digitized by Google

вается субъективнымъ правомъ. Въ отличіе отъ современныхъ субъективныхъ правъ, основанныхъ на объективныхъ нормахъ (законъ, обычай, идеальное право), помянутыя отношенія были логически независимы отъ послѣднихъ. Они сами въ себѣ носили гарантію.

Содержаніе вѣрованій, создающихъ эти первичныя формы субъективнаго права, не отличается отъ вѣрованій въ явленія матеріальнаго міра.

Сила, связующая человѣка съ вещами, съ коими онъ входитъ въ общеніе, мало отличается отъ всякой другой энергіи, проникающей предметы матеріальнаго міра.

Изслѣдователи сравниваютъ подобныя силы, лежащія въ основаніи примитивныхъ запретовъ (tabu), съ силой яда, съ электрической искрой (quasi electric discharge), съ заразительной болѣзнью[1]). «Табу, по опредѣленію Лемана, есть всякое лицо или вещь, которая наполнена мистическими силами или особенно подвержена ихъ дѣйствію».

Точно такъ же вѣра въ осуществленіе задуманнаго есть вѣра въ нѣкоторый законъ природы.

Эти положенія, создающія гарантированный интересъ или власть, образуются либо стеченіемъ обстоятельствъ, всецѣло принадлежащихъ по вѣрованіямъ дикарей, къ объективной природѣ, либо явленіями природы, вызываемыми дѣятельностью человѣка, совершающаго магическій обрядъ, произносящаго формулу, прикасающагося къ извѣстному предмету.

Въ этомъ смыслѣ означенныя положенія суть явленія природы, часть явленій природы.

Это чувствовали древніе, сводя право на нѣкую врожденную силу: quaedam innata vis (Цицеронъ), на instinctus naturae[2]). Возможно, что въ чувствованіи этой innata vis, какъ и въ представленіи о субъективномъ правѣ (ajo jus mihi esse utendi fruendi illa re) имѣется обобщенное представленіе о магической связи между человѣкомъ и вещами, съ коими онъ вошелъ въ физическое общеніе. Теоретики естественнаго права и еще раньше греческіе мыслители, старавшіеся угадать основныя начала (*φύσις*) практической жизни, также искали въ природѣ основаній для естественныхъ нормъ, управляющихъ человѣческой жизнью, но они суживали понятіе природы. Они имѣли въ виду, главнымъ образомъ, человѣческую природу, особенности индивидуума и общества: нравственныя чувства (Протагоръ), равенство, основные человѣческіе инстинкты, потребность

[1]) Fräser, Psyche's task, 8—9.
[2]) Шулинъ, 80, 85.

Digitized by Google

общенія (Гуго Гроцій), инстинктъ самосохраненія (Пуффендорфъ, Windelband, Geschichte der Philosophie, 2-e Aufl. 57—61, 352—353).

Тоже надо сказать и о современныхъ теоретикахъ права, главнымъ образомъ интересующихся нормами объективнаго права.

Опредѣляютъ ли они право, какъ нормы, данныя государствомъ, какъ нормы, вытекающія изъ общей воли или убѣжденія, какъ принудительныя правила, какъ правила, стремящіяся осуществить требованія разума, — защитить интересы отдѣльныхъ лицъ, или всего государства и т. д., вездѣ они имѣютъ въ виду человѣческую природу, индивидуальную или общественную. Причиной этого то, что и современные юристы и прежніе теоретики естественнаго права исходятъ и исходили отъ представленій о нормахъ, уже вышедшихъ изъ-подъ власти природы и, такъ сказать, обвѣянныхъ атмосферой человѣка.

И современное право считается съ явленіями физическаго міра, съ людьми, какъ субъектами права, съ физическими объектами вещныхъ правъ, съ измѣненіями въ области физическаго міра (напр. въ ученіи о приращеніи, объ alluvio), но эти явленія заранѣе предусмотрѣны, предопредѣлены обществомъ или государствомъ, какъ условія для возникновенія и потери правъ.

Нарушеніе права и въ культурныя времена вызываетъ реакцію со стороны общества и государства. Первое переживаетъ чувство неодобренія, такъ или иначе выражаетъ его, а иногда и переходитъ къ болѣе активнымъ дѣйствіямъ, государство принимаетъ цѣлый рядъ принудительныхъ мѣръ. Всѣ эти настроенія и принудительныя дѣйствія, организованныя и неорганизованныя, образуютъ гарантію правового положенія, но гарантію человѣческую, исходящую отъ человѣка и государства.

Другое въ фактахъ первобытнаго права. Хотя дѣйствія человѣка и въ нихъ играютъ извѣстную роль: онъ прикасается къ предмету, онъ даетъ обѣщаніе, произноситъ заговоръ, совершаетъ магическій обрядъ. Но ни эти дѣйствія, ни естественныя ихъ послѣдствія, о которыхъ мы говорили, не предусмотрѣны и не урегулированы извнѣ по отношенію къ совершающимъ эти дѣйствія людямъ. Равнымъ образомъ и послѣдствія правонарушенія касаются только дѣйствующихъ людей, не зависятъ отъ какихъ-либо мѣръ, принимаемыхъ окружающими или государствомъ, имѣютъ характеръ явленій матеріальной природы: лицо, нарушившее право, заболѣваетъ, умираетъ, иногда вмѣстѣ съ нимъ тоже испытываютъ и его родичи и соплеменники.

Такъ, напримѣръ, привычка людей соразмѣрять свое поведеніе съ требованіями половой нравственности и съ нормами, касающи-

Digitized by Google

мися брачныхъ обязанностей, воспиталась подъ вліяніемъ очень распространенныхъ вѣрованій въ то, что развратъ, супружеская невѣрность, внѣбрачное половое общеніе ведутъ къ цѣлому ряду физическихъ бѣдствій, поражающихъ виновныхъ и ихъ соплеменниковъ. Блудъ и прелюбодѣяніе причиняютъ неурожай (Карены), болѣзни, нападенія дикихъ звѣрей (жители Суматры). Виновныхъ очищаютъ разными обрядами, ихъ изолируютъ отъ прочихъ людей, топятъ, боясь, чтобы никакая капля крови ихъ не была пролита и чтобы они не заразили родную землю и другихъ людей (у евреевъ Левитъ XVIII, 24 и слѣд.). Ихъ очищаютъ отъ загрязненія, причиненнаго грѣхомъ, разными способами, напр. купаютъ въ водѣ [1]). Еще въ XV и XVI вѣкахъ въ Европѣ думали, что къ подобнымъ послѣдствіямъ (чума, землетрясенія, оспа) приводитъ богохульство и противоестественные пороки [2]).

Изъ этихъ фактовъ видно, что даже послѣдствія правонарушенія понимались натуралистически. Проступки или преступленіе не есть только событіе, приводящее къ невыгоднымъ юридическимъ послѣдствіямъ для виновнаго. Это физическая зараза, отъ которой очищаютъ кровью приносимыхъ въ жертву животныхъ, водою, также какъ грѣхъ у древнихъ персовъ представлялся въ видѣ «дьявола» нечистоты, котораго можно изгнать изъ тѣла окропленіемъ водой [3]).

Точно такъ же жители Car Nicobar лѣчатъ одержимыхъ, выгоняя изъ ихъ тѣла дьяволовъ, которыхъ они ударяютъ листьями. Дьяволы убѣгаютъ въ эти листья, которые потомъ бросаютъ въ море [4]).

У другихъ народовъ грѣхи умершихъ или грѣхи всего народа посредствомъ разныхъ обрядовъ переносятъ на животное (собаку, теленка, козла у евреевъ) и затѣмъ прогоняютъ послѣднее или истребляютъ съ той цѣлью, чтобы уничтожить самый грѣхъ [5]). Не отрицая, что и въ этихъ примитивныхъ отношеніяхъ замѣшаны человѣческіе интересы и человѣческая психологія, нельзя, однако, не замѣтить, что явленія природы играютъ въ нихъ преобладающую роль, реакція же противъ правонарушителей всецѣло есть дѣло ея законовъ. Въ этомъ смыслѣ и можно поддерживать то положеніе, что эти примитивныя отношенія основаны на законахъ матеріальной природы, независимы отъ убѣжденія или воли человѣческихъ союзовъ, есть въ извѣстномъ смыслѣ часть матеріальной природы.

Но, конечно, означенныя положенія не могли остаться безъ реакціи со стороны общества. Окружающіе имѣли непосредственный

[1]) Примѣры у Frazer, Psyche's task, 30—51.
[2]) Колеръ, 130—131.
[3]) Шантепи, 204; Вестермаркъ, I, 54—57.
[4]) Frazer, Psyche's task, 55—56.
[5]) Вестермаркъ, I, 52—55.

Digitized by Google

интересъ произвести ту или другую оцѣнку этимъ положеніямъ, созданнымъ физической природой и дѣйствіями человѣка уже потому, что послѣдствія правонарушенія падали вмѣстѣ съ преступникомъ и на нихъ. Неурожай, или эпидемія, или гнѣвъ убитаго, какъ послѣдствіе преступленія, было несчастіемъ не для одного преступника, а для всей общины [1]). Поэтому послѣдняя стремилась такъ или иначе урегулировать эти положенія, напр. ограничить власть королей, которые могли присвоить прикосновеніемъ чужую землю или домъ, позволяя имъ останавливаться и проживать только въ своихъ домахъ и на своей землѣ [2]). Въ другихъ случаяхъ община урегулировала сообразно практическимъ требованіямъ жизни тѣ формы физическаго общенія человѣка съ предметами, которыя должны стать источниками вещныхъ правъ (occupatio, обработка и т. д.). Изъ такого же желанія общины охранить себя отъ физическихъ послѣдствій правонарушенія, совершеннаго ихъ сочленомъ, возникла значительная часть постановленій, относящихся къ древнему уголовному праву. Точно такъ же первобытныя замѣстительства, возникшія на почвѣ единенія членовъ группы, были тонко и разумно урегулированы позднѣйшимъ правомъ.

Въ этомъ вмѣшательствѣ окружающихъ и въ регулированіи ими отношеній людей къ вещамъ и другъ къ другу уже имѣется почва для соціализаціи этихъ отношеній, для возникновенія новыхъ гарантій, для возникновенія нормъ права,— въ современномъ значеніи этого слова. Эти новыя гарантіи остаются впослѣдствіи единственными, когда падаетъ вѣра въ магическія силы мысли, слова и прикосновенія.

Изъ вышесказаннаго вытекаютъ слѣдующіе тезисы:

I. Съ успѣхами въ области этнологіи и исторіи религіи понятіе религіознаго расширяется. Послѣднее обозначаетъ не только вѣру въ боговъ или человѣкоподобныхъ духовъ, но и въ безличныя силы природы, и проблема вліянія религіозныхъ вѣрованій на право превращается въ вопросъ о вліяніи первобытныхъ представленій о природѣ и о человѣкѣ на развитіе права.

II. Яркой особенностью примитивнаго мышленія является неразличеніе субъективныхъ явленій отъ явленій объективнаго міра. Задуманная дѣйствительность создаетъ сама по себѣ объективную, особенно если подкрѣплена словомъ и жестомъ. Отсюда вѣра въ заговоры, заклинанія и магію.

III. Формальный характеръ заговора и молитвы, состоящій въ неизмѣнномъ порядкѣ словъ и дѣйствій, объясняется тѣмъ, что

[1]) Frazer, Psyche's task, стран. 42—44, 79—80.
[2]) На островахъ Таити, Frazer, Psyche's task, 9.

Digitized by Google

съ точки зрѣнія примитивнаго міросозерцанія, слова и дѣйствія такія же сущности, какъ и предметы видимаго міра, и также проникнуты безличными силами и духами, какъ весь міръ. Такъ какъ духи и безличныя силы, понимаемые до нѣкоторой степени антропоморфически, сердятся и угрожаютъ несчастіемъ, когда ихъ тревожатъ, то на этой почвѣ развивается опасеніе ихъ обезпокоить, нарушивъ порядокъ формальнаго акта.

IV. Малое развитіе индивидуальности и тѣсное сожительство членовъ примитивныхъ группъ (племени, клана, семьи) вело къ неразличенію во многихъ отношеніяхъ членовъ группы другъ отъ друга и отъ самой группы, при чемъ относящееся къ одному сочлену переносилось на другихъ и на самую группу. На этой почвѣ развились своеобразныя замѣстительства, отчасти характеризуемыя, какъ обычаи кувады.

V. Умершій, по вѣрованіямъ дикарей, живетъ своеобразной жизнью, вмѣшивается въ жизнь оставшихся родичей, вліяетъ на ихъ поведеніе и продолжаетъ считаться собственникомъ принадлежавшихъ ему вещей. Души предковъ возрождаются въ тѣлахъ ихъ потомковъ.

Культъ безличныхъ силъ проявляется въ клятвахъ и ордаліяхъ. Пріемы подражательной магіи, соединяемые съ заклятіями, сохранились во многихъ актахъ гражданскаго права и процесса.

VI. Юридическая формула древняго права является преемницей заговора и заклинанія. Магическій формализмъ предшествовалъ символическому. Вѣра въ наступленіе задуманной дѣйствительности могла явиться почвой для возникновенія примитивнаго обязательства.

Вышеупомянутыя семейныя и групповыя отношенія объясняютъ многія явленія въ области древняго родового быта, семейнаго и наслѣдственнаго права, а также и происхожденіе представленій о юридическомъ лицѣ.

По вѣрованіямъ дикарей, между человѣкомъ и предметами, съ коими онъ физически соприкасался, образуется магическая связь и взаимодѣйствіе. Эта физическая связь является источникомъ правъ на вещи. На помощь къ укрѣпленію правъ на вещи пришли магическіе обряды и заклинанія. Отсюда ненарушимость знаковъ собственности и межевыхъ знаковъ.

VII. Значеніе момента физическаго воздѣйствія, обнаружившееся въ римскомъ ученіи о владѣніи, традиція (traditio), въ послѣдствіи вещный договоръ, первоначально былъ магическимъ обрядомъ, имѣющимъ цѣлью установить магическую связь передаваемой вещи съ новымъ пріобрѣтателемъ, и разрушить прежнюю связь съ тра-

Digitized by Google

дентомъ. Въ представленіяхъ примитивныхъ народовъ принадлежащія человѣку вещи есть продолженіе его физической личности. Это сказывается, между прочимъ, въ правилѣ XII таблицъ: partis secanto.

VIII. Вѣра въ то, что умершій продолжаетъ жить особою жизнью среди людей, оставила слѣды въ гражданскомъ правѣ и процессѣ. Вѣрованіе въ переходъ душъ предковъ въ потомковъ повліяло на развитіе примитивнаго наслѣдственнаго права.

IX. Вѣра въ извѣстныя реакціи физической природы, возникающія по иниціативѣ человѣка или безъ его иниціативы, создала отношенія людей къ себѣ подобнымъ и къ вещамъ. Эти отношенія, гарантируя человѣку власть надъ вещами или другими людьми, исполняютъ функцію позднѣйшихъ правовыхъ нормъ и сами походятъ на субъективныя права въ нашемъ смыслѣ. Примитивныя представленія объ этихъ отношеніяхъ въ значительной степени относятся къ вѣрованіямъ въ извѣстныя силы и проявленія физической природы.

П. Бѣляевъ.

Digitized by Google

Къ вопросу о значеніи юриспруденціи въ римскомъ правѣ.

Когда особенно сильной критикѣ подвергается теорія и практика гражданскаго права, источникъ зла ищутъ нерѣдко въ зависимости современнаго правовѣдѣнія отъ Римскаго права. И въ настоящее время Римское право привлечено къ отвѣтственности теоретиками и практиками, объединившимися подъ девизомъ «свободнаго творчества судьи въ примѣненіи права», «freie Rechtssprechung»; но это не историческое Римское право, эпохи его расцвѣта; право т.-наз. классическаго періода неповинно въ томъ, въ чемъ видятъ результатъ упомянутой зависимости: въ чрезмѣрномъ подчиненіи суда формальнымъ нормамъ и формальной юридической логикѣ; напротивъ, это Римское право представляетъ собою наглядный примѣръ правовой системы, въ которой примѣненіе права силою вещей не могло исчерпываться пресловутымъ силлогизмомъ: бо́льшая посылка — законъ, меньшая — фактъ, заключеніе — подведеніе факта подъ велѣніе закона; самое состояніе источниковъ исключало всякую возможность догмы о томъ, что положительное право, законъ и обычай, охватываетъ всѣ возможные случаи, подлежащіе судебному разсмотрѣнію; судъ долженъ былъ, благодаря тому же состоянію источниковъ, примѣняя, творить право, а римскій процессъ давалъ къ тому полный просторъ. Но въ то же время мы находимъ въ Римѣ особое условіе возможности такого положенія дѣла: римскую юриспруденцію, имѣвшую совершенно своеобразное значеніе въ дѣлѣ примѣненія права. Позволю себѣ поэтому обратить вниманіе на нѣкоторые факты, иллюстрирующіе это значеніе.

По состоянію источниковъ гражданскаго права Римъ иногда сравниваютъ съ Англіей. Сравненіе вѣрно въ смыслѣ отсутствія болѣе или менѣе цѣльной системы законодательной нормировки частно-правовыхъ отношеній; только отдѣльные моменты изъ области этихъ отношеній подвергались регламентаціи законовъ.

Digitized by Google

Но въ Римѣ не выработалось ни совокупности нормъ обычнаго права, подобной англійскому «общему праву», ни практики судебныхъ прецедентовъ въ англійскомъ смыслѣ.

Обычай, какъ источникъ права[1]), упоминается уже въ концѣ республики, но не у юристовъ, а у философовъ и ораторовъ, очевидно подъ вліяніемъ греческихъ ученій о «неписанномъ законѣ». У юристовъ указанія на обычай сравнительно рѣдки. Они распадаются на двѣ группы: ссылки на обычай, какъ источникъ происхожденія нѣкоторыхъ институтовъ, и упоминаніе обычая въ числѣ источниковъ права въ мѣстахъ общаго характера, въ которыхъ трактовались источники права. Здѣсь мы находимъ даже какъ будто цѣлую своеобразную теорію обычнаго права: это право, созданное общенародной волей, отличающееся отъ закона лишь формой выраженія этой воли (Юліанъ); но именно такая конструкція показываетъ, что упомянутая теорія не отражаетъ въ себѣ никакого реальнаго факта: она была бы примѣнима развѣ къ общеимперскому обычному праву, а таковаго не было и не могло быть.

Обширная область, въ предѣлахъ которой могло бы развиться римское обычное право, почти вся заполнилась въ классическій періодъ нормами, непосредственный источникъ которыхъ былъ иной: преторскій эдиктъ и юриспруденція; въ эти формы отлился тотъ матеріалъ, который могъ бы образовать обычное право; эти формы были проводниками въ практику новыхъ юридическихъ идей, воззрѣній оборота и т. д. Непосредственно на долю consuetudo осталось немного мѣста: только въ трехъ случаяхъ засвидѣтельствовано происхожденіе нормъ римскаго гражданскаго права изъ этого источника (запрещеніе брака между лицами извѣстной степени родства, запрещеніе дареній между супругами, допущеніе пупиллярной субституціи)[2]). Въ остальныхъ случаяхъ если и встрѣчаются въ мотивировкахъ рѣшеній юристовъ ссылки на consuetudo, mos, mos regionis, то подъ этимъ должно разумѣть обычаи оборота, мѣстныя обыкновенія, — «usances», а не нормы «обычнаго права».

Судебный прецедентъ мы встрѣчаемъ въ ряду источниковъ права также у ораторовъ, но не у юристовъ. Если прецедентъ имѣлъ значеніе въ практикѣ, то только чрезъ посредство юриспруденціи; это легко объяснимо съ точки зрѣнія особенностей римскаго процесса: въ немъ не было условій для образованія судебной практики, хотя бы потому, что рѣшенія присяжныхъ не документировались. Иначе было въ процессѣ extra ordinem; и всѣ немногія указанія

---

[1]) О значеніи обычая въ римскомъ правѣ, Pernice, Parerga X., Zeitschrift der Savigny-Stiftung, XX, 126 и слѣд.

[2]) Pernice, указ. соч., 151.

Digitized by Google

на прецедентъ относятся именно къ практикѣ судовъ безъ участія присяжныхъ[1]).

Судебное рѣшеніе въ Римѣ постановлялъ присяжный судья. Формально онъ связанъ былъ только такъ называемой формулой, полученной отъ претора. Въ ней давалась юридическая квалификація спорнаго отношенія и дѣлались указанія на нормы, на которыхъ должно быть основано рѣшеніе; но эти указанія были настолько общи, что оставляли всегда извѣстный просторъ усмотрѣнію судьи: такъ было даже тамъ, гдѣ повидимому судья былъ болѣе всего стѣсненъ, въ формулахъ stricti juris. Въ права и обязанности судьи (officium judicis) входило не только установленіе и оцѣнка фактовъ, но также установленіе юридическаго принципа, непосредственно примѣнимаго къ данному конкретному случаю. Здѣсь судья предоставленъ былъ самому себѣ, не встрѣчая никакихъ формальныхъ ограниченій въ правѣ.

Судья, какъ и преторъ, былъ подчиненъ закону, — вѣрность законамъ, повидимому, входила въ содержаніе присяги, приносимой судьей [2]); но никакихъ нормъ, опредѣлявшихъ дѣятельность судьи въ этомъ направленіи, до насъ не дошло; мы не знаемъ никакихъ процессуальныхъ средствъ, которыя обезпечивали бы закономѣрность рѣшенія, если только оно было постановлено безъ нарушенія инструкціи, заключавшейся въ формулѣ; обжалованіе судебныхъ рѣшеній, постановленныхъ присяжнымъ судомъ, вообще не допускалось ни по существу, ни съ точки зрѣнія законности.

Эта свобода ставила судью нерѣдко въ очень затруднительное положеніе. Отсутствіе законодательнаго кодекса, отсутствіе принявшихъ опредѣленную форму нормъ обычнаго права, практики прецедентовъ и судебной практики въ собственномъ смыслѣ затрудняло судью какъ въ отысканіи общей нормы, такъ и въ установленіи юридическаго принципа, непосредственно примѣнимаго въ данномъ случаѣ; этимъ между прочимъ объясняется обычай судей окружать себя совѣтниками при разборѣ дѣла; но главнымъ способомъ разрѣшенія затрудненій было обращеніе къ помощи юристовъ, съ просьбой дать «responsum».

Дѣятельность юристовъ при господствѣ древняго легисакціоннаго процесса, носившая характерное названіе «посредничества» (interpretatio), укоренила убѣжденіе, что законъ нельзя примѣнить непосредственно; законъ даетъ только опредѣленныя указанія, приказы и запреты, а для осуществленія ихъ нужно установить

---

[1]) Pernice, указ. соч., 144.

[2]) Такъ можно заключить, по крайней мѣрѣ, относительно процессуальныхъ законовъ изъ Cicero, De officiis, §§ 43, 44; Pernice, указ. соч. 146.

Digitized by Google

приспособленный для каждаго типа случаевъ принципъ, лишь такъ или иначе выводимый изъ закона; извѣстно, какую работу при этомъ исполняла римская юриспруденція, стремясь удовлетворить потребности оборота при сохраненіи основного правила древняго права: только та претензія можетъ быть осуществлена, для которой есть точка опоры въ законѣ. Эта работа требовала спеціализаціи юридическаго искусства и знаній; въ то же время она привела къ представленію, что juris periti — спеціалисты, которымъ не спеціалистъ такъ же принужденъ вѣрить, какъ врачамъ, техникамъ и другимъ спеціалистамъ. Развитіе формулярнаго процесса еще болѣе усилило и углубило значеніе практической дѣятельности юристовъ, измѣнивъ только ея форму: не нужно было составлять, какъ прежде, отдѣльные legis actiones, но попрежнему юристамъ приходилось устанавливать принципы для рѣшенія типическихъ случаевъ; только теперь они прежде всего должны были принимать во вниманіе преторскій эдиктъ, который могъ отклоняться отъ закона. Но эдиктъ оставлялъ юристу столько же свободы, сколько формула — присяжному судьѣ.

Чѣмъ же руководствовались юристы, когда не находили матеріала для отвѣтовъ на подлежавшіе ихъ сужденію вопросы въ эдиктѣ и законѣ? Прежде всего тѣмъ матеріаломъ, изъ котораго могло бы при иныхъ условіяхъ развиться обычное право: юристы считали обязательными стародавнія формы актовъ, поскольку ихъ примѣнялъ оборотъ, нѣкоторыя традиціонныя положенія, унаслѣдованныя отъ предшественниковъ — частію еще отъ жрецовъ (понтификовъ), — элементы «jus civile» въ смыслѣ положительныхъ національныхъ началъ. Но затѣмъ, среди общаго хода культурнаго развитія Рима, подъ вліяніемъ греческой философіи, римскіе юристы выработали новыя правила и пріемы примѣненія права. Основнымъ принципомъ новыхъ пріемовъ послужило толкованіе закона и примѣненіе всякихъ вообще формально-обязательныхъ нормъ согласно «aequitas», справедливости; римская же aequitas соотвѣтствовала понятію *τὸ ἐπιεικὲς δίκαιον*, установленному Аристотелемъ: отдѣльные случаи должны быть обсуждаемы такъ, какъ обсудилъ бы самъ законодатель, если бы могъ предвидѣть всѣ индивидуальныя особенности каждаго случая; законъ должно толковать не по его формально-логическому смыслу, но по соотвѣтствію съ особенностями даннаго конкретнаго случая[1]).

[1]) Géza Kiss, въ «Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie», III (1909), стран. 533 и слѣд., особ. 540; см. его же статью въ «Iherings Jahrbücher», т. LVIII, стран. 419 и слѣд. и Kipp въ «Paly-Wyssowa Realencyclopedie, s. v. Aequitas. Ср. матеріалъ источниковъ, обработанной у Хвостова, опытъ характеристики понятій aequitas и aequm jus, 1891.

Digitized by Google

Обсуждая какъ дѣйствительные случаи изъ практики, такъ и извѣстные типы случаевъ, юристы принимали во вниманіе результаты наблюденій надъ жизненными отношеніями, воззрѣнія оборота; наконецъ, юристы считали обязательными для своей дѣятельности нѣкоторыя высшія начала нравственности и справедливости, изъ которыхъ они выводили постулаты для поведенія человѣка въ обществѣ, а изъ общихъ постулатовъ выводились болѣе частные, напр. знаменитый принципъ «древнихъ»: «никто не долженъ обогащаться съ ущербомъ для другого».

Вырабатывавшіяся на такихъ началахъ правила часто не имѣли никакой формально-обязательной силы, но они имѣли значеніе принциповъ юридической науки и юридическаго искусства, legis artis. Юристы были спеціалистами, которымъ однимъ доступно искусство надлежащаго примѣненія права; юриспруденція имѣла такое же общественное значеніе, какъ всякія спеціальныя знанія; заключенія юристовъ — ихъ «responsa», — имѣли значеніе заключеній свѣдущихъ людей. Юристы должны были играть даже большую роль въ общественной жизни, чѣмъ прочіе спеціалисты; и дѣйствительно, ихъ роль и вліяніе въ обществѣ были очень велики по прямымъ свидѣтельствамъ источниковъ, и вліяніе ихъ, какъ показываютъ тѣ же источники, покоилось на глубокомъ уваженіи и довѣріи къ ихъ дѣятельности.

Къ юристамъ обращались за заключеніями и стороны въ процессѣ, и судья по своей иниціативѣ; обращался и преторъ какъ при отдѣльныхъ актахъ судебной дѣятельности, такъ и при изданіи эдикта. Въ юриспруденціи были налицо условія для образованія традицій; преемственность знаній и искусства достигалась и устной передачей, прежде всего при обученіи праву, и письменной, сначала въ видѣ записи отдѣльныхъ положеній и отдѣльныхъ рѣшеній, впослѣдствіи въ видѣ разнообразной юридической литературы; въ юриспруденціи сохранялись и важныя рѣшенія судовъ. Юриспруденція поэтому заступала то мѣсто, которое могло бы принадлежать судебной практикѣ.

До конца республики значеніе responsa юристовъ основывалось исключительно на общественномъ довѣріи къ нимъ, какъ къ спеціалистамъ. Несмотря на высокій уровень юриспруденціи, не могли не чувствоваться недостатки такого положенія дѣла, при которомъ послѣднимъ основаніемъ для судебной практики являлись принципы науки, морали и юридической техники: не были въ силахъ юристы установить такія безспорныя, незыблемыя начала, которыя устраняли бы сомнѣнія и разногласія и обезпечивали бы достаточную устойчивость практики. Responsa отдѣльныхъ юри-

Digitized by Google

стовъ, пользовавшихся равнымъ авторитетомъ, противорѣчили другъ другу. Уже Цезарь обратилъ на это вниманіе и предположилъ изданіе гражданскаго кодекса. Августъ прибѣгъ къ несравненно болѣе скромной мѣрѣ: онъ рѣшилъ предоставлять отдѣльнымъ юристамъ, по своему усмотрѣнію, право давать заключенія ex auctoritate principis. Явились, такимъ образомъ, офиціальные, дипломированные юристы, обладавшіе такъ-назыв. jus respondendi.

Намъ не вполнѣ ясна ни исторія этого явленія, ни его сущность; особенно много споровъ вызываетъ извѣстное мѣсто Гая о значеніи responsa и мѣропріятій императора Адріана. (Gai I, 7):

«Заключенія юристовъ (responsa prudentium) суть рѣшенія и мнѣнія (sententiae et opiniones) тѣхъ, кому дозволено формулировать юридическія положенія (quibus permissum est jura condere); если они всѣ сходятся на одномъ рѣшеніи, то такое ихъ рѣшеніе равносильно закону; если же юристы расходятся между собою, судьѣ дозволяется слѣдовать тому рѣшенію, какому захочетъ; такъ именно значится въ рескриптѣ блаженной памяти Адріана».

Неясно, имѣетъ ли въ виду Гай только «responsa», отдѣльныя заключенія, даваемыя заинтересованнымъ лицамъ, или всѣ вообще мнѣнія всѣхъ юристовъ, извѣстныя изъ литературы. Послѣднее ближе къ тексту Гая, но вызываетъ рядъ сомнѣній, приведшихъ извѣстнаго знатока римскихъ источниковъ права къ заключенію, что Гай смѣшалъ значеніе понятій «communis opinio» и responsum[1]).

Не поможетъ ли выясненію дѣла сближеніе (о полномъ сходствѣ, конечно, не можетъ быть рѣчи) responsa prudentium съ заключеніемъ свѣдущихъ людей?

Каковъ бы ни былъ смыслъ мѣропріятія Августа, несомнѣнно одно: съ развитіемъ новаго строя право ex auctoritate principis respondere привело къ тому, что на судѣ офиціальное значеніе получили заключенія только привилегированныхъ юристовъ. Не будетъ въ противорѣчіи съ источниками предположеніе, что до Адріана установилось правило: судъ имѣетъ право руководиться только responsa привилегированныхъ юристовъ. — Какъ ни велика была индивидуальность отдѣльныхъ юристовъ, въ юриспруденціи существовала традиція, внутри которой образовывались постепенно общепринятыя положенія; юристы клали въ основаніе своихъ responsa communis opinio. Адріанъ и постановилъ, что эти общепринятыя положенія должны имѣть силу закона, въ чемъ бы они ни выражались: въ консультаціяхъ или въ литературѣ; если же были на судѣ представлены заключенія или мнѣнія

---

[1]) P. Krüger, Geschichte der Quellen, etc., 1912, стран. 124.

Digitized by Google

несходныя между собой, они всѣ имѣли равный авторитетъ, и судья могъ сдѣлать между ними выборъ по своему усмотрѣнію.

Jus respondendi заключало въ себѣ офиціальное признаніе того, что юристы, давая свои заключенія, творятъ право; кому даровано было jus respondendi, тому было «permissum jura condere», поэтому Гай могъ помѣстить въ число источниковъ «писаннаго права» и responsa prudentium. Въ то же время институтъ этотъ, сузивъ кругъ юристовъ, могущихъ вліять на судебную практику, усилилъ значеніе ихъ, какъ носителей традицій, и сдѣлалъ изъ нихъ нѣчто въ родѣ органа единообразія и устойчивости правосудія. Вмѣстѣ съ претурой, римская юриспруденція въ ея своеобразномъ значеніи заступала мѣсто тѣхъ средствъ, при помощи которыхъ современное право стремится обезпечить начало законности и единообразіе въ судебной практикѣ.

С. Сабининъ.

Digitized by Google

Петръ Павловичъ Цитовичъ.

Краткая характеристика его научной дѣятельности.
(1844—1913.)

Имя скончавшагося 19 октября этого года Петра Павловича Цитовича когда-то гремѣло далеко за предѣлами юридическихъ круговъ. Молодой профессоръ, блестящій лекторъ, любимецъ студенчества, въ отвѣтъ на отзывъ «Отечественныхъ Записокъ» о его рецензіи на книгу А. С. Посникова, выпускаетъ въ 1878 году отдѣльною брошюрою—«Отвѣтъ на письма къ ученымъ людямъ»—рѣзкій и злобный памфлетъ противъ не только революціонныхъ, но и вообще передовыхъ теченій того времени. Въ нихъ онъ отказывается видѣть что-либо хорошее и объясняетъ ихъ происхожденіе такъ: «они вызваны старыми инстинктами, созданными пережитымъ Россіей крѣпостничествомъ, а для обоснованія этихъ инстинктовъ создана новыми людьми особая идеологія, съ пятью источниками этого новаго слова: послѣдніе выводы науки, теорія рефлексовъ головного мозга (уничтоженіе совѣсти), рабочій вопросъ (идеологія бездѣльничанія и лѣности), общинное владѣніе и женскій вопросъ. Особенно много удѣляется вниманія послѣднему, который П. П. Цитовичу представляется только, какъ требованіе «promiscuitatis». Затѣмъ слѣдуютъ: «Хрестоматія новаго слова»: I. «Что дѣлали въ романѣ «Что дѣлать». Одесса, 1879 г., изображающая весь романъ, какъ апологію свальнаго грѣха, и Объясненіе по поводу внутренняго обозрѣнія «Вѣстника Европы» 1878 г., № 12, гдѣ въ болѣе умѣренномъ тонѣ онъ полемизируетъ съ обозрѣвателемъ этого журнала, давшаго нелестную оцѣнку первой брошюрѣ. На П. П. обращаютъ вниманіе, его причисляютъ къ Министерству Внутреннихъ Дѣлъ, и онъ переселяется въ Петербургъ въ качествѣ редактора офиціоза «Берегъ». Какъ неожиданно и стремительно совершилось превращеніе профессора въ офиціознаго редактора, такъ же быстро и неожиданно П. П. бросаетъ это редакторство и даже исчезаетъ за-границу. Дѣло будущаго историка политической мысли въ Россіи выяснить эту полосу

Digitized by Google

жизни П. П. Будущій историкъ не забудетъ при этомъ указать психологическія ея причины: чрезвычайную страстность и горячность характера П. П. и пережитыя имъ событія въ области того, что принято называть личной жизнью. Не забудетъ будущій историкъ отмѣтить и личную искренность П. П. въ его ядовитыхъ писаніяхъ, большой успѣхъ нѣкоторыхъ изъ нихъ (8 изданій первой брошюры), успѣхъ, обыкновенно не выпадающій на долю офиціозной литературы. Какъ ни грубы обобщенія Цитовича, но и будущій историкъ, вѣроятно, будетъ только не все, а лишь нѣкоторые эксцессы объяснять причиной, указанной П. П.— вліяніемъ на всѣ классы общества, а не на одно дворянство и крестьянъ только что пережитого крѣпостного права. Будущій историкъ не забудетъ отмѣтить, у какого правительства П. П. выступалъ офиціозомъ — у верховной распорядительной комиссіи графа Лорисъ-Меликова. Отмѣтитъ онъ и программную передовицу № 1 «Берега» (15 марта 1880 г.), въ которой Цитовичъ считалъ объединяющимъ консерваторовъ съ либералами то, что и консерваторы не сѣтуютъ на упраздненіе крѣпостного права, не выражаютъ «желанія вернуться къ старымъ судебнымъ порядкамъ, прекратить или пріостановить дѣйствіе земскаго и городового положенія, оставить общую воинскую повинность, ввести тѣлесныя наказанія и т. п.». Отмѣтитъ онъ и то, что Цитовичу стало быстро невмоготу вести офиціозъ и онъ уѣхалъ за-границу искать забвенія отъ пережитаго (ср. Каминка, «Петръ Павловичъ Цитовичъ». «Право» 1913 г., № 44, стран. 2527). Все это дѣло политическаго историка.

Наше дѣло и обязанность вспомнить Цитовича, какъ первокласснаго русскаго цивилиста-ученаго. Ученикъ С. В. Пахмана по Харьковскому университету, онъ тамъ же пріобрѣтаетъ обѣ ученыя степени. Чтобы отдохнуть отъ исторіи съ его докторской работой («Деньги въ области гражданскаго права»), недавно раскрытой А. И. Камынкой въ «Правѣ» (тамъ же, стран. 2525), исторіи чрезвычайно характерной для легко раздражающейся личности П. П., упорно идущаго въ своемъ раздраженіи, а затѣмъ спохватывающагося и отстраняющагося, онъ переходитъ доцентомъ, а затѣмъ профессоромъ въ Одессу. Тамъ онъ выпускаетъ «Курсъ русскаго гражданскаго права», т. I, вып. 1. Одесса, 1878 г., 128 стран. и два выпуска «Лекцій по торговому праву». Шестилѣтняя преподавательская дѣятельность въ Новороссійскомъ университетѣ (1873—1879 гг.) прерывается переѣздомъ въ Петербургъ, скитаніемъ за-границей и возобновляется въ 1884 году назначеніемъ въ Кіевъ на вновь созданную университетскимъ уставомъ 1884 года каѳедру торговаго

Digitized by Google

права. Здѣсь онъ выпускаетъ составляющіе главную его ученую славу: «Очеркъ основныхъ понятій торговаго права» 1886 г., первое законченное руководство по русскому торговому праву, переработанный затѣмъ въ «Учебникъ торговаго права», 1891 года, вып. I, и «Курсъ вексельнаго права», 1887 г. Изъ Кіева же (1887 г.) онъ выступаетъ съ рѣзкой критикой проекта вексельнаго устава Тура. Сначала въ докладѣ въ юридическомъ обществѣ, а затѣмъ въ особой брошюрѣ «Вексель и задачи его кодификаціи въ Россіи, проектъ новаго устава о векселяхъ въ его происхожденіи, системѣ, основаніи редакціи и негодности». Брошюра эта сильно напоминаетъ политическіе памфлеты П. П. конца 70-хъ годовъ. Она непріятно поражаетъ особеннымъ удареніемъ на нѣмецкія фамиліи составителей проекта. So, meine Herren, обращается онъ къ нимъ. Весь проектъ объявляется «не серьезной работой озабоченнаго своимъ предметомъ законодателя», а ни болѣе ни менѣе, какъ «вздутымъ самодовольнымъ Schwindel особой спеціальности промыслового кодификаторства» (56), при чемъ заразившимися этимъ же Schwindel объявлены и Министерство Финансовъ и Министерство Юстиціи. Ни защита проекта его авторами, ни не особенно благосклонный пріемъ брошюры Цитовича въ юридической литературѣ (ср. рецензію Р. Ю. («Юрид. Вѣстн.» 1887 г., т. XXVI, стран. 309: «достоинство работы комиссіи мало пострадаетъ отъ такихъ брошюръ, какъ произведеніе г. Цитовича съ его грубой бранью и вульгарнымъ остроуміемъ») не спасли проекта комиссіи. Ему не пришлось быть закономъ и выработать новый проектъ былъ приглашенъ не кто другой, какъ самъ П. П. Цитовичъ, назначенный въ 1894 году членомъ совѣта министра финансовъ. Проектъ Цитовича вызвалъ въ свою очередь сильное нападеніе, особенно со стороны сенатора Киприма, принимавшаго участіе въ работахъ комиссіи Тура, на что П. П. опять отвѣтилъ брошюрою рѣзкаго тона: «Къ вопросу о вексельномъ уставѣ». С.-Пб. 1895 г., 144 стран. Въ Петербургѣ П. П. принимаетъ участіе въ разработкѣ ряда и другихъ законопроектовъ. Болѣе важнымъ изъ нихъ не суждено было пока стать законами; нѣкоторые изъ нихъ даютъ много цѣннаго, даже, какъ матеріалы, особенно законопроектъ объ акціонерныхъ компаніяхъ — вопросъ, занимавшій П. П. Цитовича съ молодости (обширная статья П. П. въ «Журналѣ гражд. и уголовнаго права», еще въ 1873 г., №№ 3 и 6 и 1874 г., № 2) и оригинальный проектъ торговой регистраціи при отдѣленіяхъ государственнаго банка. Занявъ каѳедру торговаго права въ Петербургѣ, онъ еще разъ перерабатываетъ для своихъ слушателей свои учебники торговаго права: «Очерки по теоріи торговаго права», 1902 г., въ 4 выпускахъ,

Digitized by Google

которые захватываютъ и вексельное и морское право. Весьма характерно, что въ эпоху 1905 и слѣдующихъ годовъ П. П. Цитовичъ воздержался отъ какихъ бы то ни было политическихъ выступленій, несмотря на еще полное сохраненіе своихъ силъ. Смерть застала его 69 лѣтъ въ должности сенатора судебнаго департамента, на которую онъ, конечно, давно имѣлъ право, но которую онъ получилъ тогда, когда тяжелая болѣзнь—ракъ желудка—не давала уже ему возможности послужить торговому праву, глубокимъ знатокомъ котораго онъ былъ еще и въ качествѣ высшаго судьи.

Обращаясь къ научной личности П. П., прежде всего поражаешься его природнымъ талантомъ къ цивилистикѣ. Цитовичъ—одинъ изъ самыхъ тонкихъ догматиковъ-цивилистовъ, которыми мы только обладали. Притомъ онъ—догматикъ, превосходно видящій не только самыя правовыя нормы, но ихъ экономическую подкладку и ихъ значеніе въ практической жизни. Цитовича всегда влекло къ экономіи, чуть ли не первой его работой явился переводъ извѣстной брошюры Данквартъ: «Гражданское право и общественная экономія» (1866 г.). За немногими исключеніями всѣ его работы относятся къ области торговаго права, гдѣ эта связь особенно чувствуется. Онъ хвалитъ учебникъ Эндемана, «какъ попытку ввести въ юридическія опредѣленія экономическое содержаніе» («Очеркъ» 18); онъ жалуется въ I выпускѣ «Лекцій» на отсутствіе у него подъ руками въ Одессѣ учебника знаменитаго Гольдшмита, учебника «безпримѣрнаго», между прочимъ, «по эрудиціи автора въ экономическихъ наукахъ» («Очеркъ» 17); да и все гражданское право для него только право экономическаго оборота[1]) (у Цитовича «Verkehr» переведено не точно—распредѣленіе; ср. «Курсъ русскаго гражданскаго права», стран. 5 слѣд. и Г. Ф. Шершеневича «Наука гражданскаго права въ Россіи». Казань, 1893 г., стран. 133). Въ то же время онъ умѣетъ всегда отличать собственно экономическую точку зрѣнія отъ юридической, на что обратилъ вниманіе уже критикъ его «Денегъ» С. М.— несомнѣнно инициалы нашего знаменитаго романиста и общественнаго дѣятеля («Юрид. Вѣстникъ», 1873 г., декабрь, стран. 10). Всѣми этими достоинствами отличался, можетъ быть, даже въ большей степени другой нашъ коммерціалистъ, много болѣе молодой, чѣмъ П. П. Цитовичъ и имѣющій, все-таки, даже больше Цитовича правъ на титулъ «отца»

---

[1]) Нѣсколько мягче: «то (т.-е. гражданское) и другое (торговое) — исключительно опредѣляютъ имущественный союзъ (режимъ) данной страны». Цитовичъ, Къ вопросу о сліяніи торговаго права съ гражданскимъ. «Право», 1900 г., стран. 967.

Digitized by Google

науки торговаго права въ Россіи, приложенный недавно къ Цитовичу проф. А. С. Невзоровымъ («Юрид. Извѣстія», 1913 г., № 7, стран. 304) — Шершеневичъ. По своему умственному складу Г. Ф. Шершеневичъ и П. П. Цитовичъ рѣзко другъ отъ друга отличаются. Г. Ф. Шершеневичъ—догматикъ-аналитикъ, П. П. Цитовичъ—догматикъ, мыслящій геометрически. Представленія Шершеневича о каждомъ догматическомъ институтѣ облекаются въ форму строгихъ опредѣленій, гдѣ тщательно анализированъ каждый отдѣльный признакъ. Каждое опредѣленіе Г. Ф. Шершеневича алгебраическая точная формула. Понятно, поэтому, какъ много труда посвящаетъ Г. Ф. Шершеневичъ, чтобы выбрать правильную конструкцію, теорію того или другого института. Цитовичъ мыслитъ стереометрически, онъ какъ бы видитъ разныя юридическія явленія. Тонкій критикъ, онъ легко подмѣчаетъ промахи разныхъ конструкцій, однимъ-двумя словами[1]) онъ мѣтко попадаетъ въ самое больное ихъ мѣсто, но онъ совершенно не заботится послѣ этого указать, какую теорію онъ считаетъ наиболѣе правильной, или сочинить свою собственную конструкцію. Его опредѣленія—не опредѣленія съ тщательно проанализированнымъ каждымъ членомъ. Онъ даетъ наглядныя красочныя описанія, какъ бы тѣлъ внѣшняго міра, описанія образныя, выполненныя своимъ особымъ языкомъ, часто пользуясь (одинъ изъ любимыхъ пріемовъ П. П.) введеніемъ въ это опредѣленіе значенія слова, которымъ называется институтъ, указанія на то, почему когда-то приложили къ этому институту его названіе[2]). Вотъ одно изъ характерныхъ описаній Цитовича. Рѣчь идетъ о томъ, «что торговое предпріятіе есть связанный комплексъ имуществъ» «съ особой юридической индивидуальностью»: «въ самомъ дѣлѣ, торговля а) имѣетъ свой «ходъ»; б) этотъ ходъ продолжается и тогда, когда хозяинъ уже пересталъ «ходить» (смерть); в) этотъ «ходъ» можетъ быть удержанъ, между прочимъ,

---

[1]) Сказать кстати, всѣ научныя работы Цитовича отличаются чрезвычайной сжатостью, краткостью, напр., его «Очеркъ» имѣетъ всего 248 страницъ, «Учебникъ» — 300, «Курсъ векс. права» — 336 стран., чего совсѣмъ нельзя сказать о его памфлетахъ и памфлетнаго тона критикахъ въ томъ числѣ, даже объ официальныхъ рецензіяхъ, въ родѣ отзыва о—по общему, впрочемъ, признанію (ср. Шершеневичъ, Наука гражд. права, стран. 174)—слабой книгѣ проф. И. Табашникова, Прошлое векселя; П. Цитовичъ, Къ исторіи векселя, «Университетскія Извѣстія». Кіевъ, 1893 г. Отвѣтомъ на эту рецензію была брошюра Табашникова, Прошлая ученая дѣятельность цивилиста П. П. Цитовича. Одесса, 1896 г., гдѣ на 109 страницахъ Табашниковъ стремится доказать путемъ пристрастнаго разбора почти всѣхъ произведеній Цитовича ихъ научную несостоятельность.

[2]) Напр., «Тамъ (за границей) тратта есть орудіе перевода, перемѣщенія, перетяги (trahere, trarre, tirer, beziehen, draw, girar) цѣнностей (валютъ) изъ распоряженій одного лица въ распоряженіе другого». «Вексель», 30; ср. также опредѣленіе процесса, «Гражданскій процессъ», 1892 г., стран. 1 и т. д.

Digitized by Google

такимъ посмертнымъ распоряженіемъ хозяина, которое непохоже на завѣщаніе; г) лица, опредѣленныя для содѣйствія хозяину, оказываются состоящими не при лицѣ хозяина, а при торговлѣ. Торговля поэтому не «разстраивается», дѣйствія совершаются и послѣ смерти хозяина; кто ихъ совершаетъ, вѣрнѣе, для кого и за кого они совершаются? Совершаетъ ихъ (черезъ другихъ) сама торговля: она сама «продолжаетъ свои дѣйствія», торговля какъ бы признана юридическимъ лицомъ. Наконецъ, оказывается, что торговлю можно «наслѣдовать»; если можно наслѣдовать по закону, можно наслѣдовать и по завѣщанію. Но если торговля можетъ быть предметомъ права наслѣдовать, она можетъ быть предметомъ и другихъ сдѣлокъ, возмездныхъ или безмездныхъ. Значитъ, какъ масса имущества (fonds de commerce), торговля есть имущество назначенное, имущество цѣли (Zweckvermögen), относительно котораго der Gehörpunkt распадается на двѣ части: Wem и Wofür. Значитъ, далѣе, торговля, какъ цѣлое, имѣетъ свою осѣдлость, свое мѣсто жительства, далеко не всегда совпадающее съ гражданскимъ мѣстомъ жительства своего хозяина, она имѣетъ свое имя, заимствованное отъ гражданскаго хозяина, не всегда съ нимъ одинаковое. Но полная разъединенность торговыхъ кредиторовъ и должниковъ отъ неторговыхъ пока не признана, хотя она была признана для peculium какъ merx peculiaris»[1]). Все это такъ живо, выпукло и красочно рисуетъ обособленность торговаго предпріятія, какъ никакое точное его опредѣленіе, но въ то же самое время читатель-аналитикъ замѣтитъ, что, при всей поразительной красочности и тѣлесности картины, края ея расплывчаты, съ одной стороны, это какъ будто бы юридическое лицо, съ другой—это только имущество. Не надо думать, что П. П. Цитовичъ, упоминая здѣсь Бринцево цѣлевое имущество, самъ такъ опредѣляетъ понятіе юридическаго лица,—нѣтъ, онъ неоднократно говоритъ о немъ и какъ о фикціи, ярко противопоставляя лицъ-фикцій—лицамъ-людямъ («Гражд. процессъ», 10). И не даромъ въ лежащемъ сейчасъ у меня передъ глазами экземплярѣ «Очерка», принадлежащемъ проф. бар. А. А. Симолину и принадлежавшемъ когда-то Г. Ф. Шершеневичу, рукой послѣдняго поставленъ знакъ вопроса около этой неясности. Расплывчатость контуровъ и удивительныхъ по яркости образовъ Цитовича объясняется еще одной особенностью его ума. Для него всѣ эти юридическіе институты

[1]) «Очеркъ», стран. 59; я еще опускаю сноски, которыя также характерны, онѣ подтверждаютъ мысль текста ссылками на разныя законодательства; сравни «Учебникъ», стран. 58, гдѣ текстъ вообще болѣе освобожденъ отъ введенія въ него иностранныхъ словъ.

Digitized by Google

живы, они измѣняются постоянно, поймать ихъ въ «послѣднее слово науки» задача невозможная. Въ своемъ некрологѣ П. П. Цитовича хорошо подчеркнулъ это А. И. Каминка («Право», 1913 г., № 44, стран. 2529). Справедливо указываетъ проф. А. И. Каминка, что въ результатѣ этого Цитовичъ иногда почти мимоходомъ открываетъ новыя перспективы. Дѣло идетъ, въ частности, о его взглядѣ на виндикацію бумагъ на предъявителя и денегъ. Съ другой стороны, какъ разъ по поводу тѣхъ же самыхъ «Денегъ» послалъ укоръ Цитовичу въ напрасномъ отверженіи установившихся догматическихъ конструкцій не кто другой, какъ С. М., котораго никакъ нельзя причислить къ догматикамъ чистой воды, однако, и его[1]), отрицателя научности догматики, покоробило чрезмѣрное ударепіе въ догматической работѣ текучести всего существующаго. Таковы основныя черты П. П. Цитовича, какъ догматика. Заслуги его въ той области, которой онъ почти исключительно занимался, — въ торговомъ правѣ — дѣйствительно велики. Прежде всего ему принадлежитъ у насъ первый опытъ догматическаго курса русскаго торговаго права, и при томъ какъ науки права частнаго, очищенной отъ полицейскаго элемента. Два выпуска его лекцій, доводившіе, правда, изложеніе только до ученія о представительствѣ, были, какъ выражается Г. Ф. Шершеневичъ, добровольнымъ приношеніемъ на пользу науки («Журн. гр. и уг. права», 1888 г., кн. 3, стран. 76), такъ какъ тогда не было еще каѳедръ торговаго права: книга являлась стенографической записью лекцій необязательнаго курса торговаго права, открытаго П. П. Цитовичемъ въ Новороссійскомъ университетѣ. Лекціи встрѣтили въ нашей литературѣ чрезвычайно сочувственный пріемъ. «Книга г. Цитовича написана оригинальнымъ, живымъ слогомъ, ясно и увлекательно и составляетъ безспорно одно изъ замѣчательнѣйшихъ явленій въ нашей литературѣ» («Журн. гр. и уг. права», 1874 г., кн. 2, стран. 277), писалъ о ней тогдашнее свѣтило нашей цивилистики Кр. Малышевъ и не менѣе лестно отозвался о ней анонимный критикъ «Судебнаго Вѣстника», весьма возможно, самъ его редакторъ Думашевскій («Суд. Вѣст.», 1874 г., №№ 42 и 100). Оба критика ставили и одинъ и тотъ же упрекъ — ихъ осужденіе вызывало сознательное неиспользованіе П. П. Цитовичемъ судебной практики. На каѳедрѣ торговаго права въ Кіевѣ П. П. Цитовичъ выпускаетъ «Очеркъ торговаго права» — первый русскій курсъ торговаго права въ узкомъ смыслѣ этого слова, т.-е. безъ морского и вексельнаго. Вышелъ онъ въ свѣтъ въ 1886 году и вызвалъ одну большую и

[1]) Правда въ рецензіи, написанной еще въ 1873 г., «Юрид. Вѣстникъ», декабрь, стран. 11.

Digitized by Google

при томъ весьма неблагопріятную рецензію только начинавшаго тогда ученую дѣятельность молодого и блестящаго приватъ-доцента Казанскаго университета Г. Ф. Шершеневича. Въ ней («Журналъ гр. и уг. права», 1888 г., кн. 3, стран. 75—91) Шершеневичъ указываетъ на цѣлый рядъ промаховъ Цитовича то въ толкованіи тѣхъ или другихъ статей, то въ опущеніи практики, а главнымъ образомъ въ томъ, что очеркъ Цитовича является какъ бы интернаціональнымъ, не видно, какое положительное право положено въ его основу; само же русское по большей части даже загнано въ примѣчанія. Появленіе этой рецензіи вполнѣ понятно. Я уже говорилъ о рѣзкомъ различіи догматическаго мышленія Г. Ф. Шершеневича и П. П. Цитовича. Тонкаго аналитика, догматика-позитивиста, которому такъ нуженъ авторитетъ нормативнаго факта, Г. Ф. Шершеневича раздражали неточные образы Цитовича, раздражалъ даже самый языкъ. Недаромъ современное языкознаніе учитъ, что чѣмъ дальше слово отходитъ отъ первоначальнаго конкретнаго образа, который оно когда-то обозначало, тѣмъ болѣе оно становится пригоднымъ для строго научнаго опредѣленія понятій, что конкретный образъ мѣшаетъ этой научности. Любопытно, что съ годами отношеніе Шершеневича становилось все болѣе мягкимъ къ П. П. Цитовичу, онъ все болѣе цѣнитъ имъ сдѣланное, стали мягче и начальные его отзывы о Цитовичѣ и въ «Наукѣ гражданскаго права», гдѣ на стран. 192 онъ признаетъ, что въ дѣлѣ постановки у насъ торговаго права особенная заслуга принадлежитъ профессору Цитовичу, и въ его рецензіи на «Учебникъ» — «мы должны признать, разумѣется, что «Учебникъ торговаго права» проф. Цитовича, превосходя во многомъ предшествующіе его труды въ этой области, можетъ служить прекраснымъ руководствомъ для ознакомленія съ этою спеціальною отраслью гражданскаго права» («Журналъ гр. и уг. права», 1892 г., кн. 1, стран. 110). Еще болѣе любопытно отношеніе самого Цитовича къ Шершеневичу. Для современнаго читателя Г. Ф. Шершеневичъ—первый авторитетъ въ торговомъ правѣ, но, когда онъ писалъ свою критику на «Очеркъ» Цитовича, онъ былъ начинающимъ ученымъ безъ имени. Его магистерская диссертація прошла мало замѣченной, и только недавно получила авторитетное признаніе въ статьѣ А. Э. Вормса («Юрид. Вѣстникъ», Проф. Г. Ф. Шершеневичъ, какъ коммерсіалистъ, Кн. I стран. 136—140), а у Цитовича было уже имя немалое. Но въ одной изъ непріятныхъ своихъ брошюръ «Къ вопросу о вексельномъ уставѣ» Цитовичъ говоритъ: «по предметамъ (доступнаго мнѣ) пониманія не признаю никакихъ и ничьихъ авторитетовъ, а всего менѣе признаю авторитетъ свой; поэтому ошибки свои замѣчаю скорѣе

Digitized by Google

и полнѣе, чѣмъ чужія, и, замѣтивъ, немедленно ихъ исправляю» (стран. 47). И это, оказывается не только горделивая фраза. Порывистость и страстность характера, живость воображенія нерѣдко увлекали П. П. Цитовича даже тамъ, гдѣ онъ отлично понималъ ихъ опасность. Кто не знаетъ его блестящей характеристики нашего устава торговаго: «Уставъ торговый даже не есть сводъ, а скорѣе складъ обломковъ» законодательной дѣятельности разныхъ царствованій, начиная съ Петра Великаго («Очеркъ», стран. 13), отрывочно и случайно измѣненный и подновленный въ прошлое и нынѣшнее царствованіе («Учебникъ», стран. 30). И онъ самъ предостерегаетъ: «поэтому извлеченіе юридическихъ понятій, формулировка руководящихъ началъ неизбѣжно получаютъ характеръ лишь вѣроятныхъ гаданій, имѣющихъ за себя авторитетъ иностраннаго торговаго права и его литературы» («Очеркъ», стран. 13, «Учебникъ», стран. 31). И у него нерѣдко вырывались широкія обобщенія, выведенныя изъ какого-нибудь одного частнаго указанія законодательства (въ родѣ вывода Vernehmungstheorie изъ 114 ст. Пол. о каз. подр. или полнаго ограниченія торговой дѣеспособности замужнихъ женщинъ изъ ст. 107 Зак. гр. и т. д.). При каждой переработкѣ лекцій онѣ внимательно пересматривались нашимъ авторомъ и невѣрности устранялись не только открытыя имъ самимъ, но и указанныя ему другими: всѣ сдѣланныя Г. Ф. Шершеневичемъ ему указанія Цитовичъ заботливо взвѣсилъ и въ громадномъ большинствѣ случаевъ ихъ принялъ, не стѣсняясь переходить отъ одного воззрѣнія къ другому, прямо противоположному, разъ онъ убѣждался въ его правильности. Достаточно сказать, что онъ радикально измѣнилъ свое воззрѣніе на дѣеспособность замужнихъ женщинъ, даже несмотря на то, что съ точки зрѣнія политико-правовой уже со времени своихъ политическихъ брошюръ онъ былъ неизмѣнно убѣжденнымъ противникомъ женскихъ правъ. Догматическая поправка нисколько не измѣнила его политико-правовыхъ воззрѣній: его авторитету обязаны русскія женщины необходимостью до сихъ поръ спрашивать разрѣшенія у мужей на выдачу векселей. Также внявъ голосу критики, Цитовичъ, начиная съ «Учебника», кладетъ въ основу изложенія русское право, широко пользуясь и судебною практикой. Сдѣлалъ онъ это не безъ борьбы надъ собой и, вставивъ предостерегающее примѣчаніе 2-е на страницѣ 31-й въ видѣ ироническихъ замѣчаній о томъ, какъ авторы нѣкоторыхъ торговыхъ курсовъ (Башиловъ) выдаютъ за русскіе нѣмецкіе торговые обычаи и законы: «пользоваться иностраннымъ правомъ, конечно, неизбѣжно; иначе пришлось бы излагать не столько торговое право, а скорѣе торговое безправіе, его «правоотношенія», пре-

Digitized by Google

дусмотрѣнныя въ Улож. о наказ.; но пользоваться открыто, не выдавая иноземнаго за свое». Попрежнему онъ настаиваетъ, что цѣль его учебниковъ только научно педагогическая, а не справочно-практическая; «только первая цѣль преслѣдуется въ аудиторіи». Эти слова «отъ автора» въ «Учебникѣ торговаго права» довольно вѣрно опредѣляютъ одну сторону того значенія, которое имѣютъ до сихъ поръ курсы Цитовича по торговому праву. Не подлежитъ сомнѣнію, что въ настоящее время первенство принадлежитъ курсамъ Шершеневича. Справедливо замѣчаетъ А. Э. Вормсъ, что Курсъ Шершеневича «является не только первой, но и понынѣ единственной научной системой русскаго торговаго права, равномѣрно освѣщающей всѣ стороны этой, довольно пестрой по своему составу, отрасли законодательства, не удивительно поэтому, что курсъ пріобрѣлъ исключительный по русскимъ условіямъ авторитетъ не только въ школѣ, но и въ жизни» (Юрид. Вѣстн. 1913 кн. I, 146). Тѣмъ не менѣе всякому учащемуся до сихъ поръ весьма полезно прочесть и учебникъ Цитовича для пріобрѣтенія большей наглядности, картинности въ своихъ представленіяхъ о торговыхъ институтахъ. Чрезвычайно полезно и до сихъ поръ заглядывать въ книги Цитовича и ученому. У П. П. Цитовича было особое свойство умѣть заподозрить дурное. Онъ обращается съ любовью къ случаямъ злоупотребленія въ дѣйствительной жизни юридическимъ институтомъ и дѣлаетъ это по обыкновенію кратко и въ такихъ убѣдительныхъ яркихъ выраженіяхъ, что разъ прочитанное не забывается. Вотъ одинъ изъ примѣровъ. Рѣчь идетъ объ использованіи коммандиты для облеченія въ ея форму гнилыхъ предпріятій «наконецъ коммандита удобна для гнилыхъ предпріятій, тутъ комплиментаръ собственно подставное лицо: это — чучело (Strohmann, l'homme de paille, testa di legna) за извѣстное вознагражденіе, въ видѣ жалованія или въ видѣ участія въ дивидендѣ. Чучело гриммировано въ комплиментара: для третьихъ лицъ это маска, а для коммандитистовъ — мертвая голова. И дѣйствительно, въ договорѣ съ такимъ комплиментаромъ можетъ быть даже выговорено право (ср. Итальянскій кодексъ ст. 119) коммандитистовъ — замѣнить одну маску другою, смѣнить одного комплиментара и назначить другого». (Очеркъ 91—92).

Все сказанное о П. П. Цитовичѣ, какъ коммерціалистѣ вообще, должно быть повторено и притомъ съ увеличеніемъ въ хорошую сторону о его трудахъ по вексельному праву. Онъ былъ несомнѣнно лучшимъ у насъ знатокомъ вексельнаго права. Тутъ у него не было соперниковъ. Правда, до него мы имѣли классическій очеркъ русскаго вексельнаго права Мейера 1857 года, а первый учебникъ при-

Digitized by Google

надлежитъ еще Дильтею 1781 года, но «Курсъ вексельнаго права» П. П. Цитовича 1887 года является дѣйствительно первымъ курсомъ вексельнаго права, нисколько не уступающимъ современнымъ ему иностраннымъ и поражающимъ тонкимъ пониманіемъ экономическаго значенія векселя, давшимъ возможность чистому догматику-Цитовичу дать увлекательный по тонкости обоснованія очеркъ и всѣхъ историческихъ перемѣнъ въ судьбѣ векселя. Не даромъ Г. Ф. Шершеневичъ, не вполнѣ расположенный и къ этому курсу, подчеркиваетъ, что историческій очеркъ развитія вексельнаго института заслуживаетъ въ немъ особеннаго вниманія. (Наука 173.) Если Цитовичъ не является создателемъ науки вексельнаго права въ Россіи, то зато, какъ мы уже упоминали, онъ былъ вызванъ завершить дѣло изданія новаго вексельнаго устава. Выработанная имъ редакція проекта отъ Министерства Финансовъ правда была также отвергнута. Государственный Совѣтъ потребовалъ новаго пересмотра. Новый проектъ, однако, составленный С. В. Пахманомъ, сильно отразилъ на себѣ критику Цитовича. Теперь можно болѣе безпристрастно оцѣнить вмѣшательство Цитовича, чѣмъ тогда, когда авторы проекта Министерства Юстиціи и Цитовичъ, авторъ проекта Министерства Финансовъ, осыпали другъ друга упреками и укорами, начиная съ обвиненія въ незнаніи элементовъ векселя, неумѣніи отличить цессію отъ индоссамента и кончая внушительной ссылкой на существованіе въ уголовномъ уложеніи статьи, карающей за клевету въ печати (Цитовичъ «Къ вопросу о векс. уставѣ» стран. 144). Какъ ни непріятно въ надгробной замѣткѣ это признавать, но признать необходимо, что на самомъ П. П. лежитъ главная вина въ томъ, что споръ принялъ дурныя формы и что самъ онъ въ немъ слишкомъ рѣзко, чего вовсе не требовало существо дѣла, затрагивалъ личность противниковъ, заслуживавшихъ и своею работою и своею прошлою дѣятельностью большого уваженія. Между тѣмъ даже весьма не расположенный къ П. П. критикъ «Юридическаго Вѣстника» справедливо отмѣтилъ, что вся сущность возраженій Цитовича противъ перваго проекта сводилась къ двумъ положеніямъ, «вѣроятно, болѣе подходящимъ къ условіямъ русскаго гражданскаго быта» (Р. Ю. Юрид. Вѣстн. 1887 XXVI 311). Составители проекта, считаясь между прочимъ съ идеей будущаго всемірнаго объединенія вексельнаго права, хотѣли дать проектъ не только воспринимающій существо германскаго абстрактнаго векселя, но и форму новѣйшихъ уставовъ, напр. Голландскаго, выдвигая на первый планъ, какъ общія, постановленія о траттѣ, а постановленія о простомъ векселѣ должны были быть только дополнительными. А съ другой стороны они

Digitized by Google

поэтому же снимали всякія ограниченія вексельной дѣеспособности. П. П. Цитовичъ въ своемъ проектѣ также воспринималъ все новѣйшее западно-европейское ученіе о векселѣ, но, опираясь на безусловно установленный фактъ рѣдкости у насъ тратты и чрезвычайное распространеніе простого векселя, клалъ въ основу изложенія простой вексель, а траттѣ удѣлялъ лишь добавочныя постановленія. Такъ оно есть и сейчасъ въ законѣ. Такой способъ изложенія можетъ препятствовать только формально, а не по существу всемірному объединенію вексельнаго права, а что въ такой формѣ вексельный уставъ гораздо удобнѣе для русскаго оборота — это несомнѣнно, — тратта до сихъ поръ у насъ рѣдкость, такъ что эта сторона дѣла можетъ быть поставлена въ заслугу покойному ученому. Другое возраженіе было возраженіе по существу: оно опиралось на воззрѣніе Цитовича, которое онъ высказывалъ нерѣдко въ своихъ общихъ курсахъ о крайней опасности перенесенія торговыхъ институтовъ въ право гражданское, какъ онъ фигурально выражался, изъ города въ деревню. Какъ извѣстно, значительно позже во имя той же политико-правовой идеи возражалъ противъ соединенія гражданскаго права съ торговымъ Л. І. Петражицкій [1]). Провести практически свою мысль П. П. не удалось. Осуществленіе ея само по себѣ представляетъ громадныя трудности, разъ вексель признанъ абстрактнымъ обязательствомъ, т.-е. получилъ наиболѣе опасную для неопытныхъ форму. Приходится указывать, какъ и пытался сдѣлать это П. П. Цитовичъ, или субъективные признаки векселедателя, устранять, напримѣръ, замужнихъ женщинъ, незамужнихъ дочерей, крестьянъ и т. п., и вводить ограниченія по цѣнѣ векселя, не разрѣшать векселя менѣе 100 рублей. Все это и пытался провести Цитовичъ; однако онъ натолкнулся тутъ на сильное противодѣйствіе. Сама идея формально была признана, но задуманное Цитовичемъ обширное количество ограниченій было уже въ самомъ уставѣ сильно сокращено. И при томъ были оставлены менѣе дѣйствительныя, а болѣе существенная мѣра (Каминка, «Уставъ о векселяхъ», стран. 11) — минимальная цѣна векселя — была отвергнута. Новѣйшее законодательство, неудержимо пропитывающее гражданскій оборотъ началами торговаго права, уничтожило нѣкоторыя изъ

---

[1]) Впрочемъ, въ болѣе поздней своей статьѣ («Право», 1900 г., страницы 1964—1974) «Къ вопросу о сліяніи торговаго права съ гражданскимъ», Цитовичъ ищетъ отличія догматическаго и находитъ его въ неособенно удачномъ противопоставленіи этихъ правъ въ томъ, что гражданское — индивидуально, дѣйствуетъ самъ человѣкъ (единица юридическое отношеніе), а торговое — соціально, дѣйствуетъ соціальная организація (единица торговое предпріятіе).

Digitized by Google

проведенныхъ закономъ ограниченій (крестьяне), и теперь отъ широко задуманной планомѣрной политико-правовой задачи Цитовича у насъ остались два-три обломка, только справедливо раздражающіе сторонниковъ женскихъ правъ.

Остается сказать нѣсколько словъ о трудахъ Цитовича въ области гражданскаго права и процесса. Онъ выступалъ здѣсь мало. Кромѣ упомянутаго небольшого начала курса русскаго гражданскаго права[1]), отличающагося обычными качествами всѣхъ работъ Цитовича и проводившаго впервые мысль, имѣющую до сихъ поръ, хотя и сравнительно немногихъ (подробности въ комментаріи А. Э. Вормса и В. Б. Ельяшевича, вып. I, 13) сторонниковъ, мысль о томъ, что всякое изданіе свода есть новый законъ. Къ чисто гражданскому праву относится только его магистерская диссертація: «Исходные моменты въ исторіи русскаго права наслѣдованія П. Цитовича», 1870 г. Позднѣйшая критика единодушно отмѣчаетъ, что въ сущности это — догматическая работа (Каминка, «Право», 1913 г., стран. 2528, Г. Ф. Шершеневичъ, «Наука», стран. 47). Можно спорить противъ возможности примѣненія догматическихъ современныхъ методовъ къ толкованію статей Русской Правды, но нельзя согласиться съ общимъ духомъ отзыва Г. Ф. Шершеневича, видимо, считающаго, что работа не дала ничего новаго. Сейчасъ всякому историку не мѣшаетъ пробѣжать §§ 9—11 книги, гдѣ авторъ тонко критикуетъ, только пользуясь знаніемъ основныхъ положеній догматики, сторонниковъ воззрѣнія, нынѣ, правда, уже окончательно оставленнаго, о томъ, что завѣщаніе старше законнаго наслѣдованія. Подобнаго рода недоразумѣніе отъ незнанія основныхъ догматическихъ понятій проявлялось не разъ и впослѣдствіи — наглядный примѣръ: тѣ заблужденія, въ которыя впалъ по вопросу о наслѣдованіи же такой историкъ, какъ Рожковъ, и на которыя ему указалъ въ свое время В. И. Сергѣевичъ. Въ области гражданскаго процесса официально П. П. Цитовичемъ была издана только остроумная брошюра: «Кому и какъ судить частный искъ ex delicto». Но какъ много лицъ учились по Цитовичу элементамъ гражданскаго процесса, готовясь къ экзаменамъ въ юридическихъ испытательныхъ комиссіяхъ, подчасъ даже не подозрѣвая объ этомъ! Въ бытность свою профессоромъ въ Кіевѣ Цитовичъ, видимо, неоднократно давалъ студентамъ для напечатанія «на правахъ рукописи» конспекты различ-

[1]) Дурной отзывъ объ этомъ выпускѣ анонимнаго рецензента «Отечественныхъ Записокъ» вполнѣ понятенъ: Цитовичъ догматикъ, а авторъ отзыва совершенно отрицаетъ всякое значеніе не только для науки, но и для практики догматическаго изученія, указывая, что научнымъ является только причинное изученіе явленій («Отеч. Зап.» 1878 г., № 10, т. CCXL, стран. 239).

Digitized by Google

ныхъ своихъ курсовъ, напр. «Обязательства», конспектъ лекцій 1891 г., 2-е изданіе 1899 г. Особенной извѣстностью пользуется («вмѣсто рукописи») «Гражданскій процессъ. Конспектъ лекцій, читанныхъ въ университетѣ св. Владиміра орд. проф. П. П. Цитовичемъ», выдержавшій 5 изданій, составляющій библіографическую рѣдкость. Это — краткій учебникъ, написанный обычнымъ красочнымъ цитовическимъ языкомъ; въ третьемъ его изданіи, которымъ я пользуюсь, всего 129 страницъ. Теперь онъ устарѣлъ и по законодательному матеріалу и научно. Не надо забывать, что онъ появился впервые еще до появленія въ свѣтъ даже курса Планка, такъ что глазъ, привыкшихъ къ современнымъ процессуальнымъ догматическимъ конструкціямъ, онъ уже не удовлетворяетъ. Но если сравнивать этотъ краткій учебникъ, учтя, конечно, его устарѣлость, съ другими русскими учебниками, ставящими себѣ задачей только элементарное ознакомленіе съ дѣйствующимъ процессомъ, ознакомленіе учебное, то я по совѣсти долженъ сказать, что этотъ конспектъ, котораго Цитовичъ не хотѣлъ пускать въ общую продажу, головой выше всѣхъ остальныхъ. Онъ поразительно совмѣщаетъ краткость съ богатствомъ содержанія, образность — съ немногословіемъ. Образность удивительная. Вотъ сравненіе упрощеннаго судопроизводства съ понудительнымъ исполненіемъ: «упрощенный порядокъ все же процессъ; его основная идея: сначала ищи, судись и потомъ получай, что (и если) присудятъ. Понудительный же порядокъ имѣетъ другую форму: удовлетворяй, плати, а потомъ судись, — ищи обратно то, что взыскано и взыскано поспѣшно» (стран. 103). Педагогическое достоинство конспекта заключается и въ умѣніи поставить въ такое соотвѣтствіе текстъ и ссылки на статьи закона, что учащійся съ первыхъ же страницъ долженъ потянуться самъ за Уставомъ гр. суд. и такимъ образомъ повѣрять догматическую разработку учебника, овладѣвая въ то же время и самимъ кодексомъ. Надо еще сказать, что если теперь въ очень многихъ мѣстахъ догматическія конструкціи совсѣмъ устарѣли, напр. въ ученіи о случайностяхъ процесса, о частныхъ опредѣленіяхъ и т. д., то въ нѣкоторыхъ мѣстахъ Цитовичъ подходитъ къ весьма важнымъ будущимъ кореннымъ преобразованіямъ догматики. На страницѣ 55-й, въ ученіи объ отдѣльныхъ доказательствахъ, онъ дастъ классификацію гораздо болѣе близкую къ современнымъ намъ понятіямъ, чѣмъ господствовавшимъ въ его время. Чрезвычайно интересно также полное выдѣленіе экспертизы изъ этихъ отдѣльныхъ доказательствъ, онъ какъ бы чувствуетъ то, что потомъ отчетливо сдѣлано было Фридрихомъ Штейномъ. Немудрено, что такимъ цѣннымъ профессорскимъ даромъ воспользова-

Digitized by Google

лись составители безконечныхъ конспектовъ «по Цитовичу» и «безъ указанія источниковъ». Въ девяти десятыхъ всѣхъ нашихъ конспектовъ по гражд. процессу, которые, увы, въ такомъ ходу у насъ, лежитъ этотъ конспектъ Цитовича, и это было бы вовсе не плохо, если бы составители конспектовъ не уродовали его безжалостно, то пропуская всѣ ссылки на статьи, то вытравляя красоту его слога, то добавляя его идущими въ разрѣзъ съ нимъ вставками изъ другихъ учебниковъ, а то и отсебятиной.

Мы говорили всего болѣе о значеніи работъ П. П. для современнаго юриста. Оно пройдетъ. — Всѣ догматическія юридическія работы, какъ правило, обречены на потерю съ каждымъ годомъ и днемъ ихъ значенія. Но въ исторіи русской цивилистики имя П. П. Цитовича навсегда займетъ одно изъ почетнѣйшихъ мѣстъ.

А. В. Завадскій.

Digitized by Google

Нѣсколько словъ памяти гр. Л. А. Камаровскаго.

(1846—1912).

Годовщина смерти гр. Л. А. Камаровскаго по справедливости должна быть отмѣчена на страницахъ «Юридическаго Вѣстника». Въ многочисленныхъ статьяхъ, посвященныхъ памяти покойнаго, съ теплотой и выразительностью изображенъ столь симпатичный нравственный обликъ покойнаго, его убѣжденный академизмъ, его благородная терпимость къ противникамъ, далеко не часто встрѣчающаяся въ Россіи. И въ области международнаго права, которое не только составляло предметъ занятій гр. Л. А., но, можно сказать, предметъ глубокой вѣры и преданности — и здѣсь имъ оставлено цѣнное наслѣдство. Достаточно указать на его труды «Начало невмѣшательства» и особенно на его докторскую диссертацію «О международномъ судѣ», которая въ 1887 году переведена на французскій языкъ, и на цѣлый рядъ статей, помѣщенныхъ въ общихъ и спеціальныхъ изданіяхъ, посвященныхъ опредѣленію самого предмета международнаго права, развитію правовыхъ формъ международнаго общенья и особенно развитію тѣхъ институтовъ, съ помощью коихъ можетъ быть ограничена губительная дѣятельность милитаризма и смягчены — впослѣдствіи и устраняемы — тяжкія бѣдствія войны.

Ученикъ Блюнчли гр. Л. А. принесъ въ изученье вопросовъ международнаго права настроеніе гуманитарно-идеалистическое. Онъ вѣрилъ вмѣстѣ съ Лораномъ, къ которому относился съ горячей симпатіей, что конечнымъ закономъ человѣческаго общежитія не можетъ быть истребительная борьба и разнузданный эгоизмъ. Отсюда его твердое убѣжденіе въ возможность постепеннаго осуществленія всеобщаго мира. Менѣе всего былъ графъ Л. А. похожъ на распространенный типъ въ Германіи профессора международнаго права, — профессора, главный паѳосъ котораго лежитъ въ прославленьи войны. Можетъ быть этотъ идеализмъ предста-

Digitized by Google

вялся иногда почти страннымъ на фонѣ международной дѣйствительности, гдѣ до сихъ поръ рѣшающее слово принадлежитъ въ концѣ концовъ силѣ. Когда Л. А. сталкивался съ подобной дѣйствительностью — напримѣръ съ аннексіей Босніи и Герцеговины — онъ возмущался, скорбѣлъ, но не терялъ вѣры. Когда указывалось, что первая и вторая Гаагская конференція, полезная быть можетъ въ частныхъ своихъ рѣшеніяхъ, оказались безсильны передъ главными проблемами — ограниченія вооруженій и обязательнаго третейскаго суда, — Л. А. напоминалъ, что нужно здѣсь продолжительное время: чего не смогла сдѣлать первая конференція, сдѣлаютъ послѣдующія. И развѣ эта вѣра въ нравственный и политическій прогрессъ имѣетъ меньше права на существованіе, чѣмъ скептицизмъ, созданный слабостью воображенія, или неспособность подняться надъ кругозоромъ сегодняшняго дня? При этомъ Л. А. всегда былъ чуждъ крайностямъ радикальнаго пасифизма съ его отрицаніемъ естественныхъ и законныхъ правъ государственнаго самосохраненія.

Въ то же время Л. А. былъ увѣренъ, что международныя обязательства суть дѣйствительныя юридическія обязательства и что нельзя имъ противопоставлять ссылки на государственный суверенитетъ. Для него непріемлемо было ученье о clausula rebus sic stantibus въ томъ расширенномъ ея истолкованіи, которое ей далъ, напримѣръ, Кауфманнъ. Для него въ полной мѣрѣ сохранило силу правило: pacta sunt servanda. Если мы отъ него отступаемся, гдѣ конецъ этого отступленья и не должны ли мы дойти до чистаго макіавеллизма? Raison d'état являлся въ исторіи неоднократнымъ средствомъ оправдывать всякія насилія и беззаконія. Право не можетъ быть поставлено въ зависимость отъ измѣнчивыхъ человѣческихъ интересовъ и страстей. Подъ этимъ угломъ зрѣнія Л. А. разсматривалъ и вопросы, выходящіе за предѣлы международнаго права, напримѣръ финляндскій.

Эти идеи права и мира одушевляли многолѣтнюю дѣятельность Л. А. — изслѣдовательскую, преподавательскую и публицистическую. Онѣ не были чѣмъ-то для него внѣшнимъ, онѣ сдѣлались частью его нравственнаго облика, который останется живымъ въ памяти его многочисленныхъ учениковъ — останется какъ хорошее, свѣтлое воспоминаніе.

С. Котляревскій.

Digitized by Google

Профессоръ гр. Л. А. Камаровскій какъ интернаціоналистъ.

(Къ годовщинѣ смерти.)

Международныя политическія отношенія — и въ прошломъ и въ настоящее время — представляютъ такую картину, которая врядъ ли можетъ способствовать развитію идеализма среди ея изслѣдователей. Это скорѣе — благодарное поле для скептиковъ и реальныхъ политиковъ.

Ни тѣмъ, ни другимъ не былъ проф. Камаровскій. Глубокій, искренній идеалистъ, онъ не могъ быть безстрастнымъ изслѣдователемъ этой жизни. Вѣря въ конечное торжество добра и справедливости и въ области отношеній между государствами, онъ въ то же время ясно сознавалъ, насколько здѣсь дѣйствительность не соотвѣтствуетъ идеалу.

И сознаніе этого несоотвѣтствія отражается на его основныхъ взглядахъ на науку международнаго права и на ту роль, которая выпадаетъ на долю интернаціоналиста.

Наука международнаго права, по мнѣнію гр. Камаровскаго, «никогда не можетъ ограничиться только собираніемъ, расположеніемъ и описаніемъ фактовъ;... она должна давать имъ должное разъясненіе и направленіе къ будущему»[1])

Международное право представляетъ собой не простой комплексъ нормъ, основанныхъ на общепризнанныхъ источникахъ права, но также и положенія естественнаго права, вытекающія изъ общежительной природы человѣка. «Интересы вообще составляютъ одинъ изъ главныхъ элементовъ въ процессѣ образованія и развитія права, но не единственный; другой элементъ, столь же важный, это — нравственный, который вытекаетъ изъ начала справедливости,

[1]) «Основные вопросы науки международнаго права». М. 1892 г., стран. 61.

Digitized by Google

какъ оно слагается въ совѣсти народовъ подъ вліяніемъ всѣхъ присущихъ имъ религіозныхъ и нравственныхъ принциповъ и воззрѣній» [1]).

Коренясь въ природѣ человѣка, международное право вытекаетъ изъ правосознанія пока лишь цивилизованныхъ народовъ. Правосознаніе это «проявляется либо въ органахъ и дѣйствіяхъ государствъ, либо черпается изъ общественнаго мнѣнія, носителями котораго являются наука, печать, различныя общества...» («Основные вопросы», стран. 97, 98).

Согласно господствующему воззрѣнію, положительный характеръ придаютъ международному праву два его источника: международный договоръ и международный обычай. Подобную теорію гр. Камаровскій считаетъ слишкомъ узкой и формальной. По его мнѣнію, «особенно международное право, наименѣе формальное, долго еще нельзя будетъ заключать лишь въ рамки законно-признаваемаго и дѣйствующаго права», такъ какъ и тѣ нормы, которыя еще не признаны правительствами, но «вытекаютъ изъ сознанія цивилизованныхъ народовъ и соотвѣтствуютъ ихъ совѣсти», должны быть также признаны нормами права (стран. 105).

Здѣсь-то, по мнѣнію гр. Камаровскаго, ученые интернаціоналисты и могутъ осуществить свое высокое призваніе. Широкіе круги общества не могутъ выполнить подобной задачи «въ виду несравненно большей удаленности отъ пониманія массъ международныхъ принциповъ, сравнительно съ началами любой иной сферы права». «Вопросы международной политики и права въ обыкновенное мирное время мало и слабо интересуютъ общественное мнѣніе.., а въ эпоху кризисовъ оно обсуждаетъ ихъ съ точки зрѣнія предвзятой и односторонней». «И долго еще носителями международныхъ идей останутся единицы, тѣ немногіе интернаціоналисты, которые призваны практически и теоретически заниматься вопросами международнаго права и проводить вѣрныя на нихъ воззрѣнія въ массы». Значеніе науки при этомъ двоякое: критическое и творческое. Съ одной стороны, «отсутствіе въ международной жизни правильно организованной законодательной власти возводитъ науку на степень верховной рѣшительницы того, что справедливо и истинно въ правилахъ, которымъ слѣдуютъ правительства и народы въ своихъ взаимныхъ сношеніяхъ».

Съ другой стороны, «наука должна расчищать путь вновь назрѣвающимъ въ народахъ потребностямъ, давать имъ лучшее выраженіе и организацію и, будучи всегда чуткою къ общественному движенію

---

[1]) «О международномъ судѣ», стран. 14—15.

Digitized by Google

своего времени,... опережать его новыми идеями, ею выставляемыми, какъ требованія справедливости и разума» (стран. 138—140). Формулированныя учеными начала международнаго права должны быть поставлены въ одинъ рядъ съ другими его источниками, если они вѣрно отражаютъ правосознаніе народовъ. И гр. Камаровскій съ сочувствіемъ цитируетъ слова проф. Блюнчли: «если въ наши дни, при опредѣленіи извѣстнаго принципа, согласны между собою Уитонъ и Филлиморъ, Кальво и Фильдъ, Гефтеръ и Роленъ-Жекменъ, его можно считать за принципъ современнаго международнаго права, хотя бы онъ не былъ еще подтвержденъ трактатами и неодинаково примѣнялся на практикѣ» (стран. 141). Съ созданіемъ въ 1873 г. Института международнаго права эта работа юристовъ становится болѣе согласованной и болѣе авторитетной.

Упомянутыми взглядами гр. Камаровскаго на науку международнаго права и на задачи интернаціоналиста объясняются и тѣ двѣ черты его научной работы, которыя отличаютъ его отъ представителей господствующаго въ наше время, особенно въ Германіи, направленія. Это, во-первыхъ, методъ, — одинаково далекій какъ отъ тѣхъ, которые, подобно Лоримеру, видятъ въ международномъ правѣ лишь осуществленіе естественнаго права въ сношеніяхъ между народами, такъ и отъ тѣхъ германскихъ юристовъ, которые пытаются перенести въ эту область методы Лабандовской школы государственнаго права. Гр. Камаровскому наиболѣе плодотворнымъ представляется изученіе международноправовыхъ институтовъ съ помощью одновременно и естественно правовыхъ принциповъ и началъ положительнаго права.

Эти взгляды сложились у гр. Камаровскаго еще въ самомъ началѣ его научной дѣятельности и соотвѣтствовали тому направленію въ наукѣ международнаго права, которое было представлено цѣлымъ рядомъ извѣстныхъ современныхъ ему интернаціоналистовъ: Фіоре, Кальво, Прадье-Фодере, Уитономъ и, наконецъ, Блюнчли, подъ руководствомъ котораго онъ долго занимался въ Гейдельбергѣ и вліяніе котораго было на него, повидимому, очень сильно.

Во-вторыхъ, въ связи съ общимъ научнымъ міровоззрѣніемъ гр. Камаровскаго стоитъ и самый выборъ имъ темъ для спеціальныхъ изслѣдованій. Главными работами его являются: «Начало невмѣшательства» (1874 г.), «О международномъ судѣ» (1881 г.) и «Вопросъ о международной организаціи»(1897 г., перепздано въ 1905 г.). Все это — вопросы общіе и жизненные для междугосударственныхъ отношеній и права.

Digitized by Google

Время, когда писалась первая изъ этихъ работъ, было еще эпохой преобладанія политическихъ интересовъ въ международныхъ отношеніяхъ. Этому соотвѣтствовало въ значительной степени и международное право[1]). Послѣднее начинаетъ получать иной характеръ въ болѣе близкій къ намъ періодъ, когда развились и упрочились въ международной жизни такія области, которыя не зависятъ отъ «высшей политики» или, по крайней мѣрѣ, могутъ быть отъ нея независимы.

Вопросъ объ интервенціяхъ съ возникновенія Священнаго Союза дѣйствительно не сходилъ съ очереди и въ международной жизни, и въ литературѣ. Гр. Камаровскій былъ правъ, когда считалъ этотъ вопросъ принадлежащимъ къ самымъ важнымъ и интереснымъ въ международномъ правѣ. Изъ двухъ частей, на которыя распадается его книга, въ первой разсматривается вопросъ о вмѣшательствахъ въ литературѣ, во второй — исторія охранительныхъ вмѣшательствъ. Изученіе теоріи и исторіи приводитъ автора къ рѣшенію вопроса въ духѣ либеральной политики. «Принципъ невмѣшательства растетъ по мѣрѣ усиленія и развитія конституціонныхъ, національныхъ началъ въ государственной жизни». И наоборотъ, «охранительныя вмѣшательства вообще пользуются большимъ кредитомъ у всѣхъ неограниченныхъ правительствъ»[2]).

Гр. Камаровскій опредѣленно отрицательно относится къ охранительнымъ вмѣшательствамъ двадцатыхъ годовъ прошлаго вѣка, имѣвшимъ цѣлью поддержать абсолютизмъ въ борьбѣ съ конституціонными теченіями, справедливо считая, что къ подобнымъ вопросамъ внутренней политики государствъ должно примѣняться начало невмѣшательства. Но вмѣстѣ съ Блюнчли онъ признаетъ законной интервенцію «на основаніи высшихъ требованій человѣколюбія», напримѣръ, когда подвергается преслѣдованію цѣлая національность или церковь (стр. 103, 111).

Для интернаціоналистовъ того направленія, къ которому принадлежалъ гр. Камаровскій, не менѣе важнымъ представлялся вопросъ о болѣе совершенной организаціи международнаго союза. Такая организація, по мнѣнію Камаровскаго, не будетъ созданіемъ теоріи. «Каждая общественная организація, а слѣдовательно и международная, только тогда бываетъ плодотворной и прочною, когда она является продуктомъ самой жизни»[3]). Обращаясь къ международной жизни, онъ находитъ, что XIX вѣкъ даетъ намъ уси-

---

[1]) Преимущественно политическое международное право, какъ его называетъ O. Nippold.

[2]) «Начало невмѣшательства», стран. 25, 119.

[3]) «Вопросъ о международной организаціи», стран. 7.

Digitized by Google

леніе нѣкоторыхъ учрежденій и принциповъ, которые помимо воли людей постепенно преобразуютъ ее и утвердятъ въ ней миръ на болѣе справедливыхъ и прочныхъ основаніяхъ. Это—третейскій судъ, федеративная форма государствъ, международные административные союзы государствъ и принципъ нейтрализаціи.

Центръ тяжести международной организаціи долженъ лежать не въ политическихъ задачахъ, а въ охранѣ и развитіи общаго для всѣхъ цивилизованныхъ государствъ права. Международный союзъ получитъ организацію не политическую, а только юридическую. Главными органами будущаго международнаго строя будутъ органы, устанавливающіе право,—конгрессы и конференціи, и органы, охраняющіе право,—международные суды.

Учрежденіе постояннаго международнаго суда имѣло такимъ образомъ значеніе для гр. Камаровскаго не только, какъ средство правовой защиты, суживающее сферу самоуправства государствъ,—войны; такой судъ онъ считалъ первымъ основаніемъ международной организаціи, «первымъ ея ядромъ, около котораго должно, такъ сказать, кристаллизироваться положительное право»[1]). Международному суду посвящена лучшая работа гр. Камаровскаго, сдѣлавшая его извѣстнымъ и за границей[2]). Въ то время, когда появилась эта книга, и цѣлое десятилѣтіе послѣ того, она была лучшимъ и самымъ полнымъ сочиненіемъ по этому вопросу въ русской и иностранной литературѣ. (Работы M. Revon и Mérignhac появились въ 1892 и 1895 гг.[3]).

Книга начинается съ общаго обзора способовъ рѣшенія споровъ между государствами, очень удачно классифицированныхъ въ три группы: 1) способы принудительные, основанные на принципѣ силы,—всѣ репрессіи и война; 2) дипломатическіе, основанные на принципѣ интереса,—это непосредственные переговоры и посредничество, и 3) юридическіе способы, основанные на принципѣ права и осуществляемые особыми судами (стран. 14).

Затѣмъ идетъ исторія международнаго суда въ древности и въ средніе вѣка, обзоръ государственныхъ судовъ съ международнымъ характеромъ — призовыхъ и смѣшанныхъ судовъ въ Египтѣ. Далѣе разсматриваются смѣшанныя комиссіи и случаи арбитража въ XIX вѣкѣ. Почти треть книги посвящена развитію идеи международнаго суда въ теоріи. Въ заключеніи къ первымъ тремъ частямъ

---

[1]) «О международномъ судѣ», стран. 459, 501.
[2]) Въ 1887 году появился французскій переводъ ея.
[3]) Слѣдуетъ отмѣтить отзывъ извѣстнаго проф. Bulmerincq о книгѣ Камаровскаго въ «Schmoller's Jahrbuch», Bd. 7 (1883), S. 647—649.

Digitized by Google

авторъ приходитъ къ слѣдующему выводу: «Международный судъ подготовляется многими явленіями развивающейся практической жизни и все настоятельнѣе требуется юристами и филантропами» (стран. 450). Заканчивается книга проектомъ организаціи такого суда (стран. 520—538).

Отмѣчу здѣсь вкратцѣ лишь составъ, компетенцію и санкцію суда по этому проекту. «Международный судъ есть по составу постоянное учрежденіе, но онъ засѣдаетъ по мѣрѣ надобности». Онъ образуется изъ лицъ, въ равномъ числѣ назначенныхъ отъ каждаго независимаго государства Европы и Америки (кромѣ Турціи) верховной властью изъ кандидатовъ, представленныхъ академіями и юридическими факультетами университетовъ. Члены суда не могутъ быть смѣняемы иначе, какъ по рѣшенію самого суда.

Постоянный характеръ этого учрежденія выгодно отличаетъ его отъ обыкновенныхъ третейскихъ судовъ, члены которыхъ выбираются ad hoc самими спорящими сторонами. Существованіе такого суда не нарушитъ независимости государствъ, такъ какъ это — «судъ добровольный: государства обращаются къ нему по своему усмотрѣнію», хотя, конечно, государства могутъ въ частныхъ или общихъ договорахъ признать для себя обязательность обращенія въ извѣстныхъ случаяхъ къ международному суду. Нельзя считать препятствіемъ къ введенію такого суда невозможность установить санкцію исполненія его рѣшеній. Во-первыхъ, принужденіе вовсе не составляетъ необходимаго признака права; во-вторыхъ, существуютъ суды, приговоры которыхъ юридически обязательны, хотя бы за ними и не стояла полицейская власть государства — духовные суды, суды чести; въ-третьихъ, факультативность обращенія къ международному суду исключаетъ основаніе произвольнаго неподчиненія его рѣшенію. А въ крайнемъ случаѣ, по мнѣнію автора, возможно примѣненіе всѣхъ допускаемыхъ въ международномъ правѣ принудительныхъ мѣръ противъ неподчиняющагося государства.

Слишкомъ 30 лѣтъ тому назадъ, когда вышла книга «О международномъ судѣ», нѣкоторые критики ея[1]) считали самую идею такого суда утопичной. Такая критика была въ значительной степени несправедливой. Гр. Камаровскій вѣрно опредѣлилъ, что реформа международнаго процесса должна пойти и въ направленіи выработки юридическихъ способовъ охраны права въ между-

[1]) Напр., проф. Мартенсъ въ «Revue d. droit international», t. 14 (1882), p. 90—91.

Digitized by Google

народной области. На этотъ путь дѣйствительно вступило современное международное право. Договоры послѣднихъ лѣтъ объ обязательномъ арбитражѣ, а также Гаагскія конференціи 1899 и 1907 гг., создавшія Постоянную Палату Третейскаго суда[1]), сдѣлали первые, правда робкіе, шаги на этомъ пути.

Понятно, какое впечатлѣніе произвели на гр. Камаровскаго эти конференціи. Такъ естественна была его радость, что практическія соображенія привели современныя государства къ необходимости приступить къ осуществленію того, что столько лѣтъ составляло предметъ его мечтаній.

Но, горячо сочувствуя дѣлу мирныхъ конференцій, онъ не закрывалъ глазъ на несовершенства Гаагской Палаты, онъ прекрасно видѣлъ ея недостатки и сплошь да рядомъ неискренность создавшихъ ее правительствъ. За послѣдніе годы тревожныхъ событій на Ближнемъ Востокѣ онъ не разъ съ горечью констатировалъ, что существованіе этого учрежденія не способствовало устраненію царящихъ тамъ неурядицъ на основѣ права и справедливости. Но это сознаніе, что Гаагскій трибуналъ не играетъ въ современной международной жизни той роли, которую онъ долженъ былъ бы выполнять, — не приводило его, какъ многихъ современныхъ политиковъ и юристовъ, къ скептической оцѣнкѣ итоговъ конференцій мира. И тутъ сказалось его бережное отношеніе ко всему, что въ нашей жизни въ конечномъ итогѣ ведетъ къ торжеству справедливости. Примѣняя образное выраженіе барона Б. Нольде[2]), можно сказать, что гр. Камаровскій не былъ способенъ разбить этотъ драгоцѣнный сосудъ только потому, что онъ еще не наполненъ драгоцѣнной влагой. Знакомство съ учеными трудами проф. Камаровскаго оставляетъ впечатлѣніе необыкновенно цѣльнаго, благороднаго міровоззрѣнія ихъ автора.

Это міровоззрѣніе, глубокое и гуманное, сказывалось во всей его дѣятельности — научной, педагогической и общественной, и превращало для него занятіе международнымъ правомъ въ достойное служеніе лучшимъ идеаламъ человѣчества.

А. Нерсесовъ.

---

[1]) Съ 1909 года гр. Камаровскій состоялъ членомъ ея отъ Россіи.

[2]) «Вторая конференція мира». «Вѣстникъ Европы», 1908 г., кн. 4, страница 490.

Digitized by Google

Юридическое Обозрѣніе.

Къ юридической сторонѣ спора между графинями А. Л. и С. А. Толстыми о рукописяхъ Л. Н. Толстого[1]).

При жизни Л. Н. Толстого рукописи нѣкоторыхъ его сочиненій, въ томъ числѣ дневниковъ за нѣсколько лѣтъ, были сданы на храненіе въ Московскій Историческій музей. Сдала ихъ вдова Софья Андреевна отъ своего имени, а не отъ имени Л. Н. Толстого. Такъ какъ и мать и дочь заявляютъ теперь притязаніе на выдачу имъ этихъ рукописей, то Историческій музей не рѣшился выдать ихъ ни той ни другой. Гр. С. А. подала на дѣйствія музея жалобу по начальству, и дѣло теперь дошло уже до I департамента Сената. Пока всѣ инстанціи не находили возможнымъ выдать рукописи просительницѣ, видимо, требуя судебнаго признанія ея права[2]). Въ то же время вопросъ о правахъ на эти рукописи не сходилъ со страницъ повременной печати. Особенно много вниманія удѣляли этому вопросу газеты «Русскія Вѣдомости»[3]) и «Русское Слово», при чемъ въ полемикѣ неоднократно принимали участіе и сами заинтересованныя стороны. По свѣдѣніямъ газетъ, дѣло должно отчасти уладиться мировой. Часть скрытыхъ сокровищъ выйдетъ въ свѣтъ къ искренней радости почитателей великаго писателя. Для насъ, юристовъ, споръ этотъ имѣетъ особый интересъ независимо отъ того, какъ онъ разрѣшится въ дѣйствительности. И именно съ этой технической стороны юриста не могла удовлетворить газетная полемика: въ ней отсутствовала точная постановка, а не только рѣшеніе юридической стороны спора. Весьма возможно, однако, что и наши дальнѣйшія разсужденія окажутся раздражаю-

[1]) Сообщеніе, прочитанное въ Казанскомъ Юридическомъ Обществѣ 5 октября 1913 года.

[2]) Точно такъ же предложено было обратиться въ судебныя учрежденія гр. Александрѣ Львовнѣ, когда она подала всеподданнѣйшее прошеніе о выдачѣ ей музеемъ рукописей. «Русскія Вѣдомости», 1912 года, № 906, стран. 3.

[3]) Особенно важна, какъ дающая фактическій матеріалъ, статья: Споръ о рукописяхъ графа Л. Н. Толстого, въ № 246 «Русскихъ Вѣдомостей», 1912 г.

Digitized by Google

щими чувства справедливости, интуитивное право тѣхъ, которые жаждутъ скорѣйшаго разрѣшенія спора въ интересахъ графини Александры Львовны, въ которой не безъ основанія видятъ какъ бы живую носительницу пожеланій самого Толстого.

I.

Оставляя пока въ сторонѣ обсужденіе дѣйствій музея, мы остановимся прежде всего на частноправовыхъ отношеніяхъ обѣихъ графинь. Утвержденія сторонъ таковы: гр. С. А. говоритъ, что рукописи были подарены ей ея мужемъ при его жизни; она, какъ собственница, отдала ихъ на храненіе и, какъ собственница, не обязана ихъ отдавать теперь А. Л., единственной наслѣдницѣ Толстого, ни въ собственность, ни даже во временное пользованіе для снятія копій, а если ее и обяжутъ судомъ отдать, то и тогда гр. А. Л. не имѣетъ по закону права публиковать дневники безъ ея, Софьи Андреевны, согласія. Напротивъ, графиня А. Л. утверждаетъ, что рукописи не были подарены, а что если онѣ и подарены, то и въ этомъ случаѣ онѣ должны быть ей выданы, такъ какъ ей и только ей одной завѣщано авторское право на всѣ сочиненія ея отца, почему она имѣетъ право пользоваться всѣми рукописями; ей же одной принадлежитъ право публикаціи дневниковъ. Мы видимъ, что обѣ стороны отчасти опираются на право собственности на самыя рукописи, какъ на вещи, а отчасти на приписываемыя имъ себѣ авторскія имущественныя и личныя права на литературныя сочиненія, содержащіяся въ этихъ рукописяхъ.

Фактическая сторона дѣла проста. С. А. выдвигаетъ уже описанный фактъ отдачи ею на сохраненіе отъ своего имени рукописей въ Историческій музей, а А. Л. — завѣщаніе Толстого, соотвѣтственная часть котораго гласитъ[1]): «Всѣ мои литературныя произведенія, когда либо написанныя по сіе время и какія будутъ написаны мной до моей смерти, какъ уже изданныя, такъ не изданныя, какъ художественныя, такъ и всякія другія, оконченныя и неоконченныя, драматическія и во всякой иной формѣ, переводы, передѣлки, дневники, частныя письма, черновые наброски, отдѣльныя мысли, замѣтки, — словомъ, все безъ исключенія, мною написанное по день моей смерти, гдѣ бы таковое ни находилось, у кого бы ни хранилось, какъ въ рукописяхъ, такъ равно и напечатанное, при томъ, какъ право литературной собственности на всѣ безъ исключенія мои произведенія, такъ и самыя рукописи и всѣ оставшіяся бумаги завѣщаю въ полную собственность дочери моей Александрѣ Львовнѣ

[1]) «Русскія Вѣдомости» 1910 годъ, № 265, стран. 2.

Digitized by Google

Толстой». Изъ текста завѣщанія совершенно ясно слѣдуетъ, что А. Л. стала активнымъ субъектомъ всѣхъ авторскихъ правъ Толстого, стала она собственницей и всѣхъ рукописей, которыя принадлежали Толстому на правахъ собственности. Слѣдуетъ ли отсюда, что ей принадлежитъ право собственности и на рукописи, находящіяся въ Историческомъ музеѣ. Въ печати легко отвѣчаютъ на это: да, ссылаясь на слова завѣщанія, «гдѣ бы рукописи ни хранились». Однако дѣло обстоитъ юридически не такъ просто, наслѣдодатель передаетъ наслѣднику только то, на что онъ[1]) имѣетъ право собственности въ моментъ открытія наслѣдства. Поэтому, какъ бы ни старалось завѣщаніе обнять рѣшительно всѣ рукописи Толстого на всѣ тѣ рукописи, которыя Толстой подарилъ кому-либо при своей жизни, А. Л. права собственности не имѣетъ, подобно тому какъ у А. Л. нѣтъ права собственности и ни на одно изъ писемъ Толстого, написанныхъ имъ во время жизни и доставленныхъ адресатамъ, такъ какъ съ момента полученія адресатами этихъ писемъ право собственности на письмо, какъ на рукопись, принадлежитъ получившему это письмо. Центръ тяжести всего спора о рукописяхъ сводится такимъ образомъ къ разрѣшенію вопроса о томъ, были ли дѣйствительно подарены эти рукописи Л. Н. Толстымъ своей женѣ при жизни, какъ она это утверждаетъ, или же были даны имъ ей только для отдачи на храненіе, какъ это утверждаетъ А. Л. Въ первомъ случаѣ С. А. несомнѣнная собственница рукописей, во-второмъ столь же несомнѣнною собственницею является А. Л. въ силу завѣщанія. Такъ какъ для передачи движимой вещи не требуется письменнаго договора, и такъ какъ точно такъ же допускается и отдача на храненіе несобственникомъ безъ письменнаго уполномочія собственника, то ни въ какихъ средствахъ доказыванія обѣ стороны не ограничены. Однако положеніе А. Л. представится при разсмотрѣніи дѣла въ судебныхъ мѣстахъ неизмѣримо худшимъ, чѣмъ положеніе С. А. По статьѣ 534 зак. гр. «движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано». Хотя сейчасъ владѣетъ рукописями музей, но его владѣніе ими — владѣніе только производное, онъ признаетъ, что онъ владѣетъ вещами, ему чужими, отъ имени поклажедателя, т.-е. гр. С. А., которая поэтому, какъ лицо, на имя котораго выдана сохранная расписка, и является той владѣлицей, о которой говорится въ ст. 534. Такимъ образомъ при оспариваніи у С. А. права

[1]) Его имущество (1010 зак. гражд.), «совокупность имуществъ, правъ, и обязательствъ, оставшихся послѣ умершаго» (1104 зак. гражд.), и communis opinio ученыхъ (Г. Ф. Шершеневичъ, Учебн. гражд. права, 10-е изд. стран. 784) и практики (Рѣш. гражд. касс. деп. Пр. Сен. 1875 г. № 507, 1876 г., № 302, 1880 г. № 31).

Digitized by Google

собственности на рукописи на А. Л. падетъ цѣликомъ бремя доказыванія, т.-е. ей надо будетъ доказать, что когда-то Толстой далъ эти рукописи своей женѣ не въ подарокъ, а только съ опредѣленной узкой цѣлью внести на храненіе въ музей. Конечно, доказать это представится теперь по истеченіи большого времени далеко не легкимъ, отъ самой же С. А. судебныя мѣста не имѣютъ права требовать доказательства одаренія ея Л. Н. Толстымъ этими рукописями. Статья 534 закрываетъ ее цѣликомъ[1]). Эта статья совершенно разрушаетъ высказывавшіяся въ печати соображенія, что долженъ доказывать утверждающій положительный фактъ, а не отрицательный. Впрочемъ самъ Сенатъ далеко не всегда[2]) проводитъ свое вообще научно-ложное утвержденіе, что отрицательныхъ фактовъ нельзя доказывать. Положеніе А. Л. въ процессѣ еще болѣе ухудшится, если С. А. сдѣлаетъ ссылку (ст. 706 уст. гр. суд.) на пріобрѣтеніе ею на рукописи, какъ на движимыя вещи, права собственности по давности. Допустимъ, что А. Л. удастся доказать, что С. А. получила рукописи не въ собственность, а только для опредѣленной цѣли внести ихъ на храненіе отъ имени мужа, или даже что она самовольно взяла эти рукописи. Во второмъ случаѣ съ самаго начала, въ первомъ случаѣ съ того момента, какъ она самовольно измѣнила свое производное владѣніе на самостоятельное, т.-е. съ момента внесенія рукописей на храненіе отъ своего имени гр. С. А. начала владѣть въ видѣ собственности спокойно, безспорно и непрерывно, и такъ владѣетъ до сихъ поръ, такъ какъ ни самъ Толстой, ни его правопреемница иска къ ней не предъявляли[3]). Обращеніе А. Л. къ музею и ея всеподданнѣйшее прошеніе не могли сдѣлать спорнымъ владѣнія С. А. (559 зак. гражд.). Десятилѣтній срокъ ст. 565 зак. гражд. истекъ уже давно, если вѣрить газетнымъ сообщеніямъ, о времени внесенія гр. С. А. рукописей въ Румянцевскій музей. Еще 14 мая 1894 года эти 8 ящиковъ съ рукописями были приняты на храненіе отъ С. А. Румянцевскимъ музеемъ, который выдалъ ей расписку за подписью директора Дашкова и секретаря Бушера въ томъ, что музей обязанъ былъ выдать эти ящики гр. С. А., или кому она прикажетъ, а послѣ ея смерти ея наслѣдникамъ»[4]). Въ январѣ 1904 года ящики эти были получены обратно С. А. и были отданы ею же отъ своего имени на храненіе въ Историческій музей,

---

[1]) Е. В. Васьковскій, Учебникъ гражд. права, вып. 2, 43.

[2]) Б. В. Поповъ, Распредѣленіе доказательствъ между сторонами въ гражд. процессѣ. X. 1905 годъ, стран. 333—335.

[3]) Какъ извѣстно, наше право не требуетъ для пріобрѣтенія права собственности по давности добросовѣстности и свободно разрѣшаетъ самовольный переходъ отъ владѣнія на другого къ владѣнію на себя.

[4]) «Русскія Вѣдомости», 1912 годъ, № 246.

Digitized by Google

«гдѣ находились другіе ящики съ рукописями гр. Л. Н. Толстого, тоже доставленные туда С. А. Толстой» [1]).

Ссылка на давность являлась бы наиболѣе тяжкимъ юридическимъ доводомъ въ спорѣ и рѣшала бы его очень просто[2]). Надо отдать справедливость гр. С. А. Толстой, что она, видимо, не хочетъ бороться этимъ формальнымъ путемъ, а выдвигаетъ только дареніе, какъ основаніе своего права, вызываясь въ своихъ жалобахъ на музей доказать фактъ даренія свидѣтельскими показаніями[3]).

II.

Если А. Л. не удастся доказать своего права собственности на рукопись, и право собственности останется за С. А., то понятно А. Л. не можетъ требовать выдачи ей рукописей въ силу вещнаго права. Спрашивается, не можетъ ли она потребовать себѣ ихъ хотя бы для временнаго пользованія въ силу принадлежащаго ей авторскаго права на сочиненія отца. Нѣтъ ли у нея права требовать осмотра этихъ рукописей, временнаго доступа къ нимъ, права аналогичнаго праву свиданій супруговъ, живущихъ раздѣльно, съ ихъ дѣтьми. Ученые различаютъ въ настоящее время имущественныя авторскія права и личныя авторскія права. Какъ доказалъ бар. А. А. Симолинъ въ своемъ докладѣ 26 февраля 1912 года въ засѣданіи Юридическаго общества при Казанскомъ университетѣ, нашъ новый законъ объ авторскомъ правѣ не поставилъ себѣ принципіальною задачею различить два вида авторскихъ правъ[4]). Въ результатѣ получилось отсутствіе охраны для многихъ личныхъ неимущественныхъ интересовъ автора и кромѣ того трудность самыхъ способовъ охраны даже признанныхъ въ законѣ личныхъ правъ, такъ какъ законъ въ большинствѣ случаевъ тѣсно связалъ ихъ охрану съ обладаніемъ имущественнымъ авторскимъ правомъ. Впрочемъ, нѣкоторыхъ от-

---

[1]) [3]) «Русскія Вѣдомости», 1912 годъ, № 246.

[2]) Правда, въ давностномъ владѣніи С. А. есть, быть можетъ, перерывъ. Рукописи были взяты ею изъ Румянцевскаго музея и затѣмъ только черезъ нѣкоторый промежутокъ времени внесены на храненіе въ Историческій музей. Можетъ быть, она теряла въ это время владѣніе, напр., онѣ были отв зены самому Л. Н. Толстому, и тотъ владѣлъ ими. Однако это опять-таки должна доказать А. Л. Хотя нашъ законъ не знаетъ прямо статей аналогичныхъ 2234 французскаго уложенія и 911 нашего проекта, изд. Тютрюмова и Саатчіана, но сенатская практика также считаетъ, что, доказавъ начало владѣнія, давностный владѣлецъ созидаетъ предположеніе непрерывности его. Зато А. Л. можетъ требовать отъ С. А. доказательствъ того, что содержимое 8 ящиковъ, внесенныхъ въ Румянцевскій музей, идентично съ содержимымъ 8 ящиковъ, стоящихъ въ Историческомъ музеѣ. Такъ какъ ящики были заперты, то доказать это будетъ для С. А. не такъ легко.

[4]) А. А. Симолинъ, Охрана личныхъ правъ авторовъ въ новомъ законѣ объ авторскомъ правѣ 20 марта 1911 года. «Вопросы права» 1912, кн. 2 (X), стран. 90 сл.

Digitized by Google

дѣльныхъ правомочій законъ нашъ коснулся, напримѣръ права автора требовать, чтобы издатель не искажалъ его произведенія въ своемъ изданіи (ст. 70.) Пришлось также закону задуматься въ частности и надъ интересующимъ насъ вопросомъ, правда, въ примѣненіи не къ литературнымъ, а къ художественнымъ произведеніямъ. Какъ мы уже говорили, законъ строго отличаетъ вещное право на произведенія на рукописи, на картины, на книги, на ноты и т. д. отъ авторскаго права на произведенія, заключающіяся въ этихъ рукописяхъ, нотахъ, статуяхъ и т. д. Когда мы имѣемъ дѣло съ произведеніемъ художественнымъ или музыкальнымъ, то предметъ внѣшняго міра, въ который оно вложено, часто не имѣетъ большого значенія для автора. Нерѣдко авторъ можетъ обойтись безъ него вовсе. Въ душѣ автора можетъ оставаться стихотвореніе, звучать музыкальное произведеніе, если онъ и подарилъ или потерялъ рукопись, на которой они были набросаны. Да, если авторъ ихъ и не помнитъ, то для него достаточно имѣть простую копію своего произведенія, писанную чужой рукой, машиной. Чѣмъ опрятнѣе копія, чѣмъ менѣе съ внѣшней стороны похожа на первоначальный, перечерканный авторскій подлинникъ, тѣмъ это даже удобнѣе для самаго автора при осуществленіи его имущественнаго авторскаго права и личнаго на передачу его произведенія въ точности, разъ только копія точно передаетъ установленную авторомъ окончательную редакцію. Доступъ къ рукописи литературнаго произведенія имѣетъ гораздо большее значеніе для ученаго изслѣдователя творчества даннаго автора, чѣмъ для самого творца. Другое дѣло — подлинникъ художественнаго произведенія. Продавать картину и скульптуру автору приходится нерѣдко, не оставляя у себя копіи, да часто и нѣтъ такого средства, чтобы эта копія абсолютно вѣрно передавала подлинникъ, напр. картину; сами способы копированія постоянно технически улучшаются, такъ что черезъ нѣкоторое время можно имѣть лучшую копію, чѣмъ первоначально. И законодатель нашъ, оставившій пробѣлъ въ законѣ по вопросу о доступѣ автора къ своему литературному произведенію, не возбудившій объ этомъ вопроса и въ мотивахъ, счелъ долгомъ разрѣшить настоящій вопросъ по отношенію къ художественнымъ произведеніямъ, гдѣ интереса у автора на доступъ къ подлиннику гораздо больше, чѣмъ у автора литературнаго произведенія. Законъ 20 марта 1911 г. (ст. 52) оставилъ за художникомъ авторское право на всѣ созданныя имъ произведенія, вещное право на которыя онъ отчудилъ, на всѣ проданныя, подаренныя имъ картины, рисунки статуи и т. д. за исключеніемъ сдѣланныхъ по заказу портретовъ, но и ихъ онъ позволилъ художнику самому воспроизводить, правда,

Digitized by Google

только при изданіи (arg. ст. 72) полнаго собранія сочиненій (и при условіи вообще появленія ихъ въ свѣтъ), охранивъ здѣсь не только имущественный, но и личный интересъ художника предстать передъ обществомъ въ полномъ проявленіи всего имъ созданнаго. Вопросъ же о доступѣ ко всѣмъ этимъ отчужденнымъ произведеніямъ законъ рѣшилъ отрицательно. Статья 53 говоритъ: «собственникъ художественнаго произведенія не обязанъ допускать художника къ пользованію этимъ произведеніемъ для повторенія, размноженія или изданія его». Эту статью закона обязаны мы примѣнить по аналогіи и къ нашему случаю. Только такое толкованіе будетъ въ духѣ закона, согласно со статьей 9 уст. гр. суд.: если художнику, особенно нуждающемуся въ доступѣ къ своимъ произведеніямъ, законъ не разрѣшаетъ доступа къ нимъ, разъ только вещное право ушло изъ его рукъ, то тѣмъ болѣе лишенъ такого доступа авторъ или субъектъ авторскаго права на литературное произведеніе.

III.

Какъ утверждаютъ газеты, гр. С. А. обѣщаетъ гр. А. Л. доступъ къ рукописямъ Толстого, если онѣ будутъ признаны ея собственностью, но въ одномъ она остается непреклонной, она безусловно отказываетъ дать согласіе на публикацію хранящихся въ Историческомъ музеѣ дневниковъ, говоря, что даже и тѣхъ дневниковъ, которые уже находятся въ фактическомъ обладаніи и въ безспорной собственности А. Л., она можетъ также не позволить издать въ свѣтъ. Она опирается на ст. 29 закона объ авторскомъ правѣ, которая устанавливаетъ для наслѣдниковъ по закону особое личное право препятствовать изданію дневниковъ. «Дневники, всякія частныя записки, говоритъ эта статья, не предназначавшіеся къ напечатанію, могутъ быть изданы послѣ смерти автора лишь съ согласія лицъ, имѣющихъ послѣ него право наслѣдованія по закону, если по сему предмету умершимъ не было сдѣлано особаго распоряженія. По истеченіи 50 лѣтъ со времени смерти автора, для изданія требуется согласіе лишь пережившаго супруга и дѣтей автора». Общая норма этой статьи, аутентически признающая супругу за наслѣдника по закону, несомнѣнно говоритъ за С. А. Можетъ возникнуть сомнѣніе, примѣняются ли вообще статьи новаго закона къ данному случаю. Не надо забывать, что Толстой составилъ завѣщаніе 22 іюля 1910 года[1]) и скончался 7 ноября того же года, а новый законъ утвержденіе свое получилъ только 20 марта 1911 года. Однако изъ смысла статей 1 и 2 отдѣла XIII новаго закона, какъ

[1]) «Русскія Вѣдомости», 1910 годъ, № 265, 2 стран.

Digitized by Google

заключеніе отъ противнаго, мы должны вывести, что ко всѣмъ произведеніямъ, не появившимся въ свѣтъ до вступленія этого закона въ силу, новый законъ примѣняется. Дневники Толстого еще не опубликованы, а законъ дневники и записки подводитъ подъ литературныя произведенія — выводъ изъ систематическаго положенія ст. 29. Такимъ образомъ пользоваться ст. 29 новаго закона при разрѣшеніи даннаго случая мы можемъ. На этотъ разъ рѣшать однако мы должны не въ пользу гр. С. А., а безусловно ея дочери. Статья 29 даетъ наслѣдникамъ по закону право на дневники, но допускаетъ двоякое исключеніе. Въ статьѣ 29 выраженіе «не предназначавшіеся къ напечатанію» поставлено въ мужскомъ родѣ, т.-е. оно относится не только къ запискамъ, но и къ дневникамъ; слѣдовательно, дневникъ, предназначенный самимъ авторомъ къ напечатанію, подойдетъ подъ дѣйствіе не 29 ст., а общихъ нормъ объ авторскомъ правѣ, и во-вторыхъ, законные наслѣдники теряютъ право препятствовать публикаціи дневниковъ, если такова воля умершаго, выраженная, конечно, въ законной формѣ, т.-е. въ завѣщаніи. Судя по газетамъ, А. Л. опирается на первое исключеніе и утверждаетъ, что Л. Н. Толстой самъ предназначалъ эти дневники къ напечатанію. Что значитъ дневникъ, предназначенный къ напечатанію, въ какую форму должно отлиться это предназначеніе, чтобы его призналъ судъ? — все это вопросы, могущіе возбуждать много споровъ[1]). Правда, по словамъ А. Л., у нея есть полныя доказательства этого предназначенія. Въ печати доказательства эти не раскрыты, такъ что намъ судить о ихъ юридической силѣ трудно. Думается мнѣ, что судить и не надо. Вмѣсто ссылки на предназначеніе дневниковъ къ печати, А. Л. можетъ воспользоваться вторымъ исключеніемъ 29 статьи и доказывать, что Толстымъ сдѣлано особое распоряженіе о дневникахъ въ пользу именно ея, А. Л. Если разсматривать текстъ завѣщанія Толстого съ точки зрѣнія нынѣ дѣйствующаго закона, то такого особаго распоряженія въ немъ нѣтъ. И рукопись, и авторское право на дневники завѣщаны, правда, Александрѣ Львовнѣ, однако завѣщано это авторское право на ряду съ авторскимъ правомъ на всѣ остальныя литературныя

---

[1]) Впрочемъ, въ литературѣ за льготное толкованіе этого выраженія высказались уже бар. А. А. Симолинъ. «Вопросы права», 1912 г., 2 (X), стран. 108, также Я. А. Канторовичъ, «Авторское право» 1911 г., 122; однако ихъ мнѣніе встрѣтило противника, говорящаго, правда, только о письмахъ, а не дневникахъ, въ лицѣ проф. Б. В. Попова («Жур. Мин. Юст.» 1912 годъ, № 4, стран. 106 сл.) Частныя письма: Ф. С. Шендорфъ («Журн. Мин. Юст.» 1913 г. № 3, стран. 175) Субъектъ авторскаго права разбираетъ стт. 28 и 29 болѣе съ точки зрѣнія политики права; также болѣе критически, чѣмъ догматически, высказывается С. А. Бѣляцкинъ, Новое авторское право въ его основныхъ принципахъ, С.-Пб. 1912 г., стран. 82—89.

Digitized by Google

произведенія. Между тѣмъ статья 29 предоставляетъ наслѣдникамъ по закону не авторское право, а личное право давать или не давать согласіе на публикацію дневниковъ, хотя бы авторскія права и рукописи дневниковъ принадлежали наслѣдникамъ по завѣщанію. Поэтому теперь авторъ долженъ категорически указать, что онъ лишаетъ наслѣдниковъ по закону личнаго права, предоставленнаго имъ 29-й статьей. Однако этотъ, самъ по себѣ вѣрный, выводъ непримѣнимъ какъ разъ къ завѣщанію Толстого, ибо оно и написано и вошло въ силу при дѣйствіи иного, стараго закона. Статья 10 приложенія къ ст. 420 прим. 2 тома X части 1 говорила: «частныя записки и другія бумаги, не предназначавшіяся въ свѣтъ, могутъ быть издаваемы не иначе, какъ съ воли сочинителя, а въ случаѣ смерти его, съ согласія его наслѣдниковъ». Тутъ идетъ рѣчь о наслѣдникахъ вообще, а не наслѣдникахъ по закону только. Такимъ образомъ прикровенно въ завѣщаніи Толстого содержится устраненіе права вдовы препятствовать публикаціи дневниковъ. Назначеніе А. Л. наслѣдницей дневниковъ въ завѣщаніи Толстого должно толковаться въ связи со статьею 10 приложенія къ 420 примѣчанію 2 зак. гражд. Только она является по волѣ завѣщателя тѣмъ наслѣдникомъ, безъ согласія котораго не могутъ публиковаться эти дневники. Мнѣ кажется такимъ образомъ, что вопросъ о томъ, кому принадлежитъ право публикаціи дневниковъ, долженъ рѣшаться въ пользу дочери, а не вдовы великаго писателя.

IV.

Мы оставляли пока въ сторонѣ самый музей, который по соображеніямъ, не опубликованнымъ въ печати и о которыхъ можно только догадываться, отказывается выдать рукописи С. А. и даже не допускаетъ до обозрѣнія не только А. Л., но и С. А. Дѣйствія музея мы должны разсмотрѣть въ двухъ отношеніяхъ: 1) правъ ли онъ въ своемъ отказѣ и во 2), что ему грозитъ при признаніи судебными мѣстами въ будущемъ неправильности его дѣйствій. Приступая къ разрѣшенію этихъ вопросовъ, приходится прежде всего оговориться, что, не имѣя подъ руками текста сохранной расписки все время приходится оставаться въ области гаданій столь непріятныхъ сердцу всякаго юриста, прежде всего требующаго фактовъ и тогда уже дающаго право. Единственный случай, когда А. Л. была бы юридически обезпечена отъ выдачи музеемъ рукописей Толстого — наложеніе на нихъ ареста судомъ по иску, предъявленному ею къ С. А. о правѣ собственности на эти рукописи. Именно этого въ дѣйствительности нѣтъ. Насколько извѣстно, А. Л. подобнаго иска не предъявляла, такъ что объ арестѣ рукописей рѣчи

Digitized by Google

быть не можетъ. Слѣдовательно музей отказываетъ въ выдачѣ въ виду заявленія повѣреннаго А. Л. отъ 20 ноября 1910 года, о ея правѣ собственности на эти рукописи по завѣщанію. По ст. 2108 зак. гражд. «принявшій имущество на сохраненіе обязанъ возвратить его въ цѣлости тому, кто оное ему отдалъ, или отъ имени коего оно было отдано, или же лицу, отъ хозяина поклажи въ полученіи ея уполномоченному». Не подлежитъ такимъ образомъ сомнѣнію, что музей обязанъ отдать рукописи Софьѣ Андреевнѣ, какъ тому, «кто ему оныя отдалъ отъ своего имени». Законъ допускаетъ только одно исключеніе, «когда пріемщикъ освѣдомится, что вещь, имъ хранимая, есть краденая, или инымъ противозаконнымъ образомъ добытая», тогда онъ «обязанъ немедленно донести ближайшему начальству, съ представленіемъ оному и самой поклажи» та же 2108 ст. т. X ч. 1. На это исключеніе едва ли имѣетъ право сослаться музей. Слово противозаконный, а главное обязанность донести ближайшему начальству показываютъ, что рѣчь можетъ итти здѣсь только о вещи, пріобрѣтенной путемъ уголовнаго правонарушенія, преступленія или поступка и притомъ преслѣдуемаго самою властью — ex officio. Ничего подобнаго въ данномъ случаѣ нѣтъ. Ни въ какомъ уголовномъ преступленіи графиню С. А. обвинять музей не можетъ[1]). Ему предъявлены съ одной стороны требованіе исполнить его обязанность передъ С. А., какъ активнымъ субъектомъ обязательственнаго отношенія поклажи, а съ другой стороны требованіе А. Л., опирающееся на приписываемое ею себѣ вещное право собственности. Наши цивилисты совершенно правильно считаютъ, что обязательственное отношеніе поклажи существуетъ между лицомъ, принявшимъ вещь на сохраненіе и отдавшимъ отъ своего имени независимо отъ того, былъ или не былъ собственникомъ вещи, отдавшій ее на храненіе. Такимъ образомъ музей, не выдавая вещи С. А., нарушаетъ свою обязанность передъ С. А. изъ договора поклажи и долженъ считаться съ тѣмъ, что онъ будетъ нести за это отвѣтственность. Отъ этой отвѣтственности онъ могъ бы освободиться только въ томъ случаѣ, если бы, какъ я уже указывалъ, А. Л. предъявила къ С. А. или къ музею искъ виндикаціонный и наложила въ обезпеченіе этого иска арестъ на рукописи Толстого. Тогда музей могъ бы стать хранителемъ этихъ вещей уже по соглашенію съ судебной властью, вѣрнѣе приставомъ, и отвѣчалъ бы уже только, какъ отвѣчаютъ вообще при судебномъ секвестрѣ, избавляясь отъ всякой отвѣтственности

---

[1]) Да если бы и могъ, то прошла и уголовная давность ст. 158 Улож. о нак., если предположить, впрочемъ, установленнымъ тожество рукописей, хранившихся въ Румянцевскомъ и находящихся въ Историческомъ музеяхъ.

Digitized by Google

передъ обѣими сторонами, въ силу ли договора съ С. А. или права собственности А. Л. (ст. 630 Уст. гр. суд.). Можетъ ли музей, отказываясь выдать рукописи С. А., мотивировать свой отказъ страхомъ юридической своей отвѣтственности передъ А. Л., какъ заявившей притязаніе на тѣ же рукониси въ качествѣ предполагаемой собственницы. Такая мотивировка едва ли можетъ быть оправдана съ точки зрѣнія нашего закона; во первыхъ музей владѣетъ рукописями не отъ своего имени, поэтому даже при предъявленіи къ нему иска ему достаточно будетъ сослаться на то, что онъ владѣетъ отъ чужого имени, и привлечь въ качествѣ третьяго лица С. А., чтобы избавиться отъ всякой отвѣтственности передъ С. А. Если даже вмѣстѣ съ недавно умершимъ въ полномъ расцвѣтѣ таланта извѣстнымъ Берлинскимъ процессуалистомъ Гельвигомъ[1]) считать предположеніемъ виндикаціоннаго иска простое нахожденіе вещи у отвѣтчика независимо отъ того, отъ своего ли имени онъ владѣетъ ею, то и въ этомъ случаѣ такое привлеченіе въ качествѣ третьяго лица освободитъ музей отъ всякой отвѣтственности передъ С. А. съ одной стороны, а съ другой стороны дастъ музею право регресса къ С. А. за судебныя и за веденіе дѣла издержки, которыя могутъ быть съ музея присуждены въ пользу А. Л., такъ какъ нашъ процессъ не знаетъ института nominatio auctoris, при которомъ въ Германіи и у насъ въ Прибалтійскомъ краѣ привлеченный праводатель отвѣтчика остается одинъ въ процессѣ, первоначальный отвѣтчикъ выбываетъ и рѣшеніе ставится прямо противъ вступившаго. Если же считать предположеніемъ иска о собственности владѣніе отвѣтчика отъ своего имени, то тогда музей могъ бы воспользоваться отводомъ по 3 пункту 571 ст. уст. гр. суд. Мы видимъ, что никакой отвѣтственности музея передъ А. Л. не созидаетъ одно ея заявленіе, хотя бы нотаріальное, музею о ея правѣ собственности на предметъ поклажи. Итакъ музею бояться имущественной отвѣтственности вплоть до предъявленія ею иска не приходится. Музей можетъ немедленно выдать всѣ рукописи гр. С. А. Спрашивается теперь, какой отвѣтственности подвергается музей передъ С. А. за свой отказъ. Вопросъ о срокѣ поклажи здѣсь безразличенъ, поклажедатель можетъ требовать выдачи ему ея и до наступленія срока (ст. 2105 и 2115 зак. гр.), да этотъ вопросъ можно устранить, такъ какъ, судя по газетамъ, о ненаступленіи срока вопроса вообще не поднималось. Формально для музея наступаютъ обычныя принципіально весьма тяжелыя послѣдствія, связанныя съ просрочкой и невозвращеніемъ поклажи. Сверхъ возвращенія самой вещи на музей падаетъ прежде

[1]) Hellwig, Lehrb. des d. Civilprozessrechts 1, 203.

Digitized by Google

всего отвѣтственность даже за случайную гибель или поврежденіе рукописей (ст. 2105 Зак. Гражд., ср. рр. гр. касс. деп. Сената 1868 № 590 и 1890 № 71), затѣмъ обязанности возмѣстить убытки, понесенные С. А. отъ несвоевременнаго возвращенія и наконецъ штрафъ въ пользу богоугодныхъ заведеній въ 10% съ цѣны вещей, бывшихъ у него на сохраненіи. (ст. 2115 и 2116 ст.). Фактически много С. А. взыскать съ музея едва ли сможетъ, такъ какъ убытки отъ личнаго непользованія ея рукописями будутъ относиться къ области убытковъ неимущественныхъ. Остаются убытки имущественные отъ невозможности продать рукопись или уступить пользованіе ею. Убытки эти большими быть не могутъ, такъ какъ мало найдется лицъ, которыя бы рѣшились купить эти рукописи у С. А. въ виду спорности самаго права собственности у нея на нихъ. Существенной опасностью не является также и штрафъ въ пользу богоугодныхъ заведеній, хотя онъ, можетъ быть и очень большимъ въ виду громадной, конечно, рыночной цѣнности автографовъ неизданныхъ сочиненій Толстого, такъ какъ штрафъ этотъ пойдетъ въ концѣ-концовъ тоже на государственныя нужды. Самой страшной является отвѣтственность за случайную гибель вещи. Платить тогда придется очень много. Не надо однако и здѣсь забывать, что музеи, хранящіе теперь вообще колоссальныя цѣнности, строятся такъ, чтобы находящіяся въ нихъ вещи наиболѣе обезпечены были какъ разъ отъ случайной гибели. Мы видимъ такимъ образомъ, что большого имущественнаго ущерба для музея отъ того, что онъ во-время не исполняетъ своей обязанности, не предвидится. Видимо, это соображеніе въ связи съ самою цѣлью музея, — цѣль музея сохранять историческіе памятники, — повели къ тому, что музей отказывается выдать рукописи С. А. Такой поступокъ его вполнѣ понятенъ, рукописи дневниковъ Толстого, да еще за самые важные его личной жизни годы, — историческій памятникъ первостепенной важности. Поэтому поступокъ музея, отказывающагося выдать рукописи добровольно и требующаго предъявленія къ нему иска, совершенно понятенъ. Какъ извѣстно, опять-таки изъ газетъ, С. А. обжаловала дѣйствія музея министру народнаго просвѣщенія, который согласился съ музеемъ. На дѣйствія министра принесена теперь жалоба въ первый департаментъ Сената, въ которомъ вопросъ и разсматривается въ настоящее время. Если всѣ юридическіе вопросы, которые приходилось тревожить въ настоящемъ сообщеніи, разрѣшаются сравнительно легко, то далеко нельзя сказать того же самаго про тотъ, котораго приходится намъ коснуться теперь. Имѣетъ ли право Сенатъ обсуждать въ данномъ случаѣ дѣйствія подчиненныхъ органовъ на основаніи цѣлесообразности или только по строгой

Digitized by Google

законности. Въ принципѣ первый департаментъ есть органъ административной юстиціи, могущій опираться только на законъ въ своемъ рѣшеніи. Мнѣ кажется, однако, что слѣдовало бы различать два случая, когда онъ разсматриваетъ жалобы на дѣйствія органа власти. Жалоба на дѣйствія органа власти, какъ органа власти въ собственномъ смыслѣ, и жалобы на дѣйствія органа власти, какъ представителя казны, какъ юридическаго лица частнаго права, при чемъ въ этомъ второмъ случаѣ надо опять различать двѣ категоріи[1]): начальственный органъ власти является въ одно и то же время и представителемъ казны и органомъ государственной власти, разрѣшающимъ окончательно споры между частнымъ лицомъ и казною о гражданскомъ правѣ, напримѣръ, когда подрядчикъ подаетъ жалобу на неправильный разсчетъ по начальству. Въ этомъ случаѣ, какъ извѣстно, подрядчикъ уже теряетъ право обращаться когда бы то ни было къ суду за разрѣшеніемъ его спора съ казной. Тутъ въ сущности мы имѣемъ дѣло съ дѣятельностью органа власти уже не какъ представителя казны, а какъ тоже органа власти, разрѣшающаго споръ между частнымъ лицомъ и казной; другими словами, случаи этой категоріи ничѣмъ по своему существу не отличаются отъ вышеуказанной нами первой группы, и тутъ и тамъ органъ власти можетъ судить только съ точки зрѣнія строгаго исполненія закона. Совсѣмъ иное дѣло вторая категорія, къ которой несомнѣнно принадлежитъ и нашъ случай. Между С. А. и Историческимъ музеемъ имѣется договоръ поклажи, при чемъ вся наша сенатская практика говоритъ за то, что С. А. имѣетъ право предъявить искъ въ гражданскомъ судѣ къ Историческому музею. Слѣдовательно, здѣсь всѣ постановленія административной власти не являются окончательными; если Сенатъ по первому департаменту согласится съ министромъ и откажетъ въ выдачѣ рукописей, то у С. А. остается еще въ рукахъ предъявленіе обыкновеннаго гражданскаго иска въ московскихъ судебныхъ мѣстахъ къ Историческому музею. Въ этихъ случаяхъ вопросъ о томъ, допускать или не допу-

---

[1]) Нѣкоторые намеки на возможность подобнаго раздѣленія даетъ статья 215 Учр. Пр. Сената, указывающая среди дѣлъ, подвѣдомыхъ Сенату, дѣла, «правительственныя» и «распорядительныя» и на возможность пересмотра самимъ Сенатомъ его собственныхъ постановленій по этимъ дѣламъ, при чемъ примѣчаніе къ этой статьѣ не позволяетъ подводить подъ ст. 215 рядъ дѣлъ, указанныхъ въ пунктахъ 4 и 5 ст. 19 Учр. Прав. Сената съ характерной мотивировкой, какъ дѣла, «принадлежащія по свойству своему къ дѣламъ судебнымъ». Въ этихъ пунктахъ какъ разъ указаны дѣла изъ казенныхъ подрядовъ, поставокъ и т. д. Правда, тутъ указаны и дѣла по жалобамъ лицъ, вступившихъ въ обязательства съ казною, однако тутъ сдѣлана ссылка на статьи положенія о взысканіи гражд., соотвѣтствующія нынѣ статьямъ 7, 23—30, не совпадающія съ нашимъ случаемъ, а предусматривающія какъ разъ казенные подряды и поставки, правда, и въ стадіи досудебной.

Digitized by Google

скать предъявленіе иска, зависитъ и отъ соображеній цѣлесообразности. Какъ и всякое иное физическое или юридическое лицо, казна можетъ взвѣшивать разнаго рода соображенія за то, доводить ли дѣло до суда или не доводить. При чемъ конечно, если это дѣлаетъ не самъ хозяинъ, а довѣренный, то онъ беретъ на себя отвѣтственность въ будущемъ передъ хозяиномъ за то, что онъ довелъ дѣло до иска. Если поэтому въ настоящемъ случаѣ музей отказывается выдавать рукописи до суда по тѣмъ соображеніямъ, что интересъ государства къ сохраненію рукописей значительно больше, чѣмъ могущій послѣдовать для государства денежный ущербъ отъ доведенія дѣла до суда, то такое рѣшеніе само по себѣ не имѣетъ еще ничего незакономѣрнаго по отношенію къ контрагенту казны. Государство въ будущемъ можетъ, конечно, взыскивать съ тѣхъ лицъ, которыя, допустивъ процессъ, ввели государство въ убытки, эти убытки. Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что въ данномъ случаѣ первый департаментъ Сената или долженъ признать неподлежащимъ своему разсмотрѣнію жалобу на министра [1]), или же и самъ разрѣ-

---

[1]) Противъ подобнаго рѣшенія говоритъ пунктъ 3 статьи 19, ввѣряющей Сенату общій надзоръ разныхъ мѣстъ управленій, ст. 2 Учр. Прав. Сената и ст. 23 Пол. взыск. безсп., т. XVI, ч. 2. Тѣмъ не менѣе имѣются и важныя соображенія, могущія говорить за. По ст. 3 Уст. гр. суд. правительственныя мѣста не могутъ разрѣшать дѣла, подлежащія разбору въ судебныхъ установленіяхъ. Видимо о томъ же говоритъ конецъ ст. 23 Пол. взыск. гр. Споръ между С. А. и музеемъ несомнѣнно подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій (ср. Т. М. Яблочкова, Практ. комм. на уст. гр. суд., 1, стран. 3 тезисъ 2 и объясненія къ нему). По существу, такимъ образомъ, разрѣшать этотъ споръ, какъ судебный, первый департаментъ Сената не можетъ. Онъ могъ бы, слѣдовательно, разсматривать его, какъ мы уже указывали выше въ текстѣ, только какъ органъ административный и притомъ органъ активной администраціи, правящей, а не только надзирающей за законностью управленія. Если допустить, что Сенатъ въ данномъ случаѣ разсматриваетъ это дѣло, какъ распорядительное, то тогда онъ выходитъ уже изъ тѣхъ рамокъ, въ которыя позднѣйшимъ законодательствомъ очерченъ кругъ его дѣятельности только какъ органа контролирующаго законность управленія, высшаго органа административной юстиціи, но не органа активной администраціи. Допуская противное, мы получимъ такой неожиданный выводъ. Какъ мы уже указывали, когда представитель администраціи рѣшаетъ вопросъ о томъ, удовлетворить ли предъявленное къ казнѣ требованіе или довести дѣло до суда, то онъ долженъ помнить, что, какъ всякій довѣренный, онъ отвѣчаетъ передъ своимъ довѣрителемъ за убытки, причиняемые довѣрителю самимъ процессомъ. Если мы допустимъ теперь, что Сенатъ, какъ органъ активной администраціи, разсмотритъ жалобу гр. С. А. по существу, то, признавъ законными дѣйствія музея и министра народнаго просвѣщенія, онъ уже освободитъ ихъ отъ всякой отвѣтственности передъ государствомъ въ случаѣ, если С. А. выиграетъ впослѣдствіи дѣло противъ музея въ судебныхъ мѣстахъ. Самъ же Сенатъ окажется также безотвѣтственнымъ, потому что только ему принадлежитъ право разсмотрѣнія начетовъ на подобныя дѣйствія администраціи (ср. ст. 19 Учр. Пр. Сената). Изъ всего изложеннаго слѣдуетъ, что правильнѣе было бы, если бы Сенатъ призналъ себя вовсе некомпетентнымъ въ разрѣшеніи по существу даннаго дѣла, мотивируя это тѣмъ, что главѣ активной администраціи принадлежитъ полномочіе доводить дѣло до процесса или нѣтъ и что поэтому, рѣшивъ дѣло въ пользу процесса, министръ остался въ предѣлахъ своей компетенціи, почему жалоба частнаго лица

Digitized by Google

шать дѣло не съ точки зрѣнія только законности притязаній С. А., но и цѣлесообразности для государства дойти въ данномъ случаѣ до судебнаго процесса или же его не допускать.

V.

Есть, впрочемъ, одинъ правовой институтъ, который былъ бы вполнѣ на мѣстѣ въ данномъ случаѣ. Рукописи неопубликованныхъ произведеній Толстого, особенно его дневниковъ, представляютъ изъ себя историческій документъ громадной важности, сохраненіе котораго имѣетъ обще-государственное значеніе. Сохраненія ихъ требуетъ общенолезная цѣль. Поэтому простѣйшимъ выходомъ была бы экспропріація рукописей государствомъ. Однако примѣнить этотъ институтъ въ порядкѣ управленія представляется почти невозможнымъ. Въ наукѣ существуетъ споръ, допускается ли у насъ экспропріація движимыхъ вещей[1]). Е. В. Васьковскій рѣшаетъ вопросъ отрицательно, А. Х. Гольмстенъ, К. Н. Анненковъ, Г. Ф. Шершеневичъ — положительно. За послѣднее время мнѣніе Е. В. Васьковскаго получило какъ бы аутентическое подтвержденіе въ изданіи закона о принудительномъ отчужденіи привилегій на открытія и изобрѣтенія[2]). Но если принять за вѣрную точку зрѣнія А. Х. Гольмстена, то и тогда путемъ аналогіи трудно указать, какой органъ власти можетъ возбудить объ этомъ дѣло. Единичные случаи отчужденія движимостей, указываемые нашимъ закономъ, если ихъ считать таковыми, точки опоры не могутъ дать. Тамъ рѣчь идетъ объ уничтоженіи зачумленныхъ животныхъ, пріобрѣтеніи лошадей для войска, съѣстныхъ припасовъ въ военное время. Органы, завѣдующіе этимъ, естественно не могутъ считаться компетентными для даннаго случая. Не можетъ считаться компетентнымъ и то учрежденіе, которое вѣдаетъ обычные случаи экспропріаціи — особое присутствіе Государственнаго Совѣта по дѣламъ о принудительномъ отчужденіи недвижимыхъ имуществъ и вознагражденія ихъ владѣльцевъ, такъ какъ ему подвѣдомы только дѣла о недвижимости. Остается такимъ образомъ только путь законодательный. Пройдетъ ли такой законъ — дѣло, конечно, спорное. Впрочемъ, если уже говорить о законодательномъ вмѣшательствѣ, то наиболѣе простымъ выходомъ было бы внесеніе законопроекта, что̀ легко возможно осуществить въ порядкѣ почина самой Думы,

---

на такое дѣйствіе министра не подлежитъ разсмотрѣнію Сената, какъ контролирующаго только законность. Если же подобное толкованіе будетъ отвергнуто, то Сенату останется разсматривать себя въ данномъ дѣлѣ органомъ активной администраціи и рѣшать и по цѣлесообразности.

[1]) Объ этомъ спорѣ ср. Анненковъ, Система, т. II, 2-е изд., стран. 291.

[2]) Зак. 28 іюня 1912 года отд. 4, новая редакція ст. 97 Учр. Гос. Сов.

Digitized by Google

о небольшомъ измѣненіи въ законѣ объ авторскомъ правѣ такого рода: «лицо, имѣющее авторское право, можетъ при обстоятельствахъ, признанныхъ судомъ заслуживающими уваженія, требовать доступа къ предметамъ, въ которыхъ запечатлѣно это произведеніе, отъ лицъ, у которыхъ эти предметы находятся въ силу вещнаго или обязательственнаго на нихъ права»[1]). Такой законъ въ связи со статьею 591 Уст. гр. суд. вполнѣ бы обезпечивалъ интересы А. Л., а въ то же время и всѣхъ тѣхъ, кто боится гибели этихъ рукописей, а вмѣстѣ съ ними и содержащихся въ нихъ произведеній Л. Н. Толстого.

VI.

Выводы ваши едва ли удовлетворятъ тѣхъ, кому хотѣлось бы видѣть какъ можно скорѣе осуществленной волю Толстого, видѣть его дочь исключительной распорядительницей всѣхъ его произведеній. Для отрицателя государственнаго принужденія, Толстого, должно было быть величайшей трагедіей самое написаніе завѣщанія. Оказывается, что и завѣщаніе и все государственное принужденіе смогутъ осуществить его желаніе только въ томъ случаѣ, если графинѣ А. Л. удастся доказать, что рукописи были переданы Толстымъ его женѣ только для опредѣленной цѣли, а не въ собственность. Будь въ нашемъ законѣ признано личное право автора и вообще субъекта авторскихъ правъ на доступъ къ рукописи, хотя бы обставленное самыми тяжелыми условіями, всего бы спора между матерью и дочерью, конечно, не было. Тутъ, какъ и постоянно, сказалась одна изъ основныхъ тенденцій современнаго права на первый планъ выдвигать интересы собственника. И все-таки современное право, при современныхъ условіяхъ жизни, столь еще далекихъ отъ идеаловъ Толстого, дало возможность и осуществить волю Толстого объ одареніи крестьянъ землею и о переходѣ всѣхъ сочиненій Толстого въ общее достояніе, что, какъ извѣстно, послѣдуетъ въ ближайшемъ будущемъ. Составленіе завѣщанія, стоившее несомнѣнно Толстому большихъ мукъ, нѣкоторые плоды принесло. Остается желать, чтобы принесло плоды и ученіе Толстого, и между его вдовою и дочерью состоялось любовное соглашеніе о судьбѣ дневниковъ, какъ оно уже состоялось о судьбѣ другихъ рукописей, хранящихся въ томъ же музеѣ.

А. В. Завадскій.

---

[1]) Такая формулировка была бы вообще въ духѣ закона объ авторскомъ правѣ, какъ извѣстно, вводящаго широкое усмотрѣніе суда. Конечно, съ введеніемъ этой статьи подлежала бы отмѣнѣ теперешняя ст. 53 или по крайней мѣрѣ оговорка за исключеніемъ случая, указаннаго въ №№ (проектируемой) статьи.

Digitized by Google

Къ вопросу о сервитутныхъ отношеніяхъ въ Закавказскомъ краѣ.

На ряду съ вопросомъ о прекращеніи временно-обязательныхъ отношеній крестьянъ и поселянъ къ помѣщикамъ и владѣльцамъ въ Закавказьѣ, настойчиво напоминаетъ о себѣ и вопросъ о сервитутахъ. Ликвидируя остатки крѣпостныхъ отношеній и превращая крестьянъ въ собственниковъ ихъ надѣльной земли, нельзя будетъ надолго отодвинуть рѣшеніе вопроса о сервитутахъ: области эти тѣсно соприкасаются.

При неоднократно поднимавшихся обсужденіяхъ прекращенія временно-обязательныхъ отношеній, вопросъ о сервитутахъ систематически выдѣлялся, несмотря на очевидность ихъ взаимной связи. Причиной этого выдѣленія каждый разъ была полная неразработанность этой области и почти совершенное отсутствіе достовѣрныхъ данныхъ о числѣ и характерѣ сервитутовъ въ Закавказьѣ.

Мѣстная администрація, хорошо сознавая этотъ пробѣлъ, однако до послѣдняго времени не предпринимала мѣръ для ихъ подробнаго изученія.

Еще въ 1904 году совѣтъ главноначальствующаго гражданской частью въ Закавказьѣ призналъ свою полную неосвѣдомленность въ этомъ отношеніи.

«При неустановившихся представленіяхъ правъ, говорилось въ совѣтѣ, не только самихъ помѣщиковъ и крестьянъ на пастбищныя земли, но и крестьянскихъ должностныхъ лицъ и учрежденій, прежде чѣмъ разрѣшить вопросъ о пастбищахъ, слѣдуетъ его изучить и, разумѣется, совершенно отдѣльно отъ дѣла о выкупѣ, такъ какъ только при этомъ условіи возможно то серьезное отношеніе къ сему вопросу, которое онъ заслуживаетъ по жизненному значенію; достаточно въ этомъ отношеніи не совсѣмъ правильнаго разрѣшенія дѣла, чтобы поставить все полевое хозяйство крестьянъ въ неразрѣшимое затрудненіе, въ невозможность, напримѣръ, обрабатывать землю за неимѣніемъ пастбищныхъ мѣстъ для рабочаго

Digitized by Google

скота»[1]). Такое же сознаніе своей неподготовленности отразилось, очевидно, и въ проектѣ закона о прекращеніи временно-обязательныхъ отношеній, составленномъ канцеляріей намѣстника[2]): въ этомъ случаѣ также предлагалось сохранить неприкосновенность сервитутныхъ отношеній впредь до особаго распоряженія.

Взглядъ на недвижимую собственность, какъ на абсолютно-индивидуальное право здѣсь, какъ и вездѣ, образовался лишь постепенно.

Въ Грузіи, напримѣръ, отъ XII—XVI столѣтія право на лѣсъ изъ числа частныхъ правъ исключалось совершенно и право на пользованіе этими угодьями не было ограничено[3]). Лѣсные и пастбищные сервитуты оказались наиболѣе устойчивыми и жизнеспособными въ процессѣ образованія исключительнаго права на недвижимую собственность. Эта устойчивость легко объясняется значеніемъ именно этихъ сервитутовъ для крестьянскаго хозяйства въ Закавказьѣ. Припомнимъ только, что хозяйство здѣсь носило и носитъ экстенсивный характеръ, центромъ тяжести его было и есть скотоводство, которое можетъ процвѣтать только при условіи свободнаго пользованія пастбищами. Лѣсной сервитутъ имѣлъ и имѣетъ также большое значеніе, доставляя даровой матеріалъ для постройки жилищъ и ихъ отопленія.

Въ XVIII столѣтіи въ Грузіи мы еще встрѣчаемся съ такимъ взглядомъ законодателя на лѣсной сервитутъ: «Пользованіе лѣсомъ и дровами нельзя запрещать, потому что, если житель равнинъ не построитъ дома и не будетъ пользоваться дровами, то въ странѣ народонаселеніе уменьшится; а у государя войска и охоты не достанетъ»[4]).

Но владѣльцу лѣса все же разрѣшается оставить участокъ лѣса для охоты, воспретивъ въ немъ рубку. Въ концѣ того же XVIII столѣтія встрѣчаемъ мы еще болѣе интересный, полный патріархальной наивности, приказъ царя Ираклія II относительно права пользованія пастбищнымъ и лѣснымъ сервитутомъ: «Скажите отъ насъ, говорится въ приказѣ, дивану Амилихвари и всѣмъ Амилихвари, что Томашвили жаловались намъ, что они ни ихъ, ни ихъ людей не пускаютъ въ лѣсъ, послѣднихъ ловятъ, бьютъ, грабятъ и не позволяютъ брать изъ лѣса дровъ и пасти въ полѣ скотъ. Что это

---

[1]) Журналъ совѣта Главноначальствующаго отъ 15—25 іюня 1904 г., стран. 49.

[2]) 20 декабря 1912 г. высшія законодательныя учрежденія выдѣлили вопросъ о сервитутахъ.

[3]) С. И. Багатуровъ. Личныя и поземельныя права въ древней Грузіи. Вып. I, стран. 7—9.

[4]) «Сборникъ законовъ царя Вахтанга», стран. 51.

Digitized by Google

такое? Человѣку имѣть такой лѣсъ и притомъ полный деревьями и не позволять полевому человѣку брать оттуда дрова на отопленіе, а лѣсные матеріалы на устройство арбъ. Когда же что подобное было? Какъ не знать, что помѣщикъ никогда не согласится на подобное притѣсненіе своихъ крестьянъ. Если бы былъ небольшой лѣсъ и не удовлетворялъ бы собственнымъ ихъ потребностямъ, тогда было бы еще какое-нибудь оправданіе. А потому странно въ громадномъ дремучемъ лѣсу не позволять простому человѣку брать дрова на отопленіе и хозяйственныя обзаведенія.

Какъ это возможно? Все, что взято у крестьянъ Томашвили, все это немедленно возвратить, ничего, даже ни на одну денежку не оставить у Амилихвари, при чемъ не воспрещать имъ пользоваться изъ лѣса дровами и вывозить матеріалъ на устройство арбъ, разрѣшить имъ также пасти свой скотъ въ полѣ, иначе я сильно разсержусь на нихъ и пришлю своего саула. Совѣтую не доводить насъ до этого»[1]).

Изъ этого отрывка ясно, что возникъ споръ между двумя помѣщиками изъ-за права пользованія крестьянами одного изъ нихъ лѣсными и пастбищными сервитутами другого. Очевидно, передъ нами еще рѣдкій случай, потому что законодатель спрашиваетъ: «Когда же что подобное было? Какъ не знать, что помѣщикъ никогда не согласится на подобное притѣсненіе своихъ крестьянъ». Но въ поступкѣ Амилихвари ясно выступаетъ тенденція оградить свою собственность отъ вторженія хотя бы чужихъ крестьянъ. Съ развитіемъ экономической жизни право пользованія сервитутами, какъ между помѣщиками, такъ и между крестьянами и помѣщикомъ, которому они принадлежали, должно было измѣниться. Помѣщики находили способъ эксплуатировать свои лѣса и пастбища и, естественно, старались ограничить право пользованія этими угодьями безплатно хотя бы для крестьянъ постороннихъ. Но пока существовали крѣпостныя отношенія, въ силу которыхъ благосостояніе помѣщика зиждилось въ значительной мѣрѣ на благосостояніи крестьянъ, помѣщикъ стремился до извѣстной степени оградить интересы своихъ крестьянъ и, конечно, не могъ думать объ уничтоженіи сервитутовъ въ своихъ имѣніяхъ. По освобожденіи отъ крѣпостной зависимости, крестьяне, въ силу условій временно-обязательныхъ отношеній, должны были уплачивать помѣщикамъ за отведенную надѣльную землю. Правильность этой уплаты зависѣла отъ степени обезпеченности крестьянъ, и помѣщики вынуждены были сохранить сервитутныя отношенія.

[1]) «Грузинскія крестьянскія грамоты, акты и грамоты грузинскихъ царей». Изд. Пурцеладзе, стран. 45.

Digitized by Google

По новому закону сервитутныя права были формулированы такъ неопредѣленно, что допускали всяческое толкованіе, открывая широкій просторъ для споровъ и пререканій.

Вскорѣ развитіе хозяйства у помѣщиковъ и его постепенная интенсификація сдѣлали очень чувствительнымъ все неудобство сервитутныхъ отношеній, превративъ ихъ въ тяжелыя путы. Отношенія между помѣщиками и крестьянами очень обострились также вслѣдствіе увеличенія черезполосицы, явившейся результатомъ новаго распредѣленія земли между крестьянами и помѣщиками послѣ освобожденія отъ крѣпостной зависимости. Много крестьянскихъ земель отошло къ помѣщикамъ въ видѣ «обрѣзковъ» и земли тѣхъ и другихъ переплелись во всѣхъ направленіяхъ.

При такихъ условіяхъ или крестьяне фактически теряли возможность пользоваться сервитутами, или помѣщики вынуждены были отказаться отъ повышенія культуры хозяйства. Особенно тяжело становилось положеніе крестьянъ, если помѣщикъ продавалъ эти черезполосные отрѣзки или сдавалъ ихъ въ аренду. Въ такомъ случаѣ сервитутъ прекращалъ безусловно свое существованіе. Отношеніе между помѣщиками и крестьянами все ухудшалось; положеніе обѣихъ сторонъ становилось все тягостнѣй. Ко времени революціоннаго движенія они достигли такого напряженія, что подняли чуть ли не все закавказское крестьянство противъ помѣщиковъ.

Посмотримъ болѣе подробно, на какихъ основаніяхъ крестьяне сохранили сервитутныя права послѣ освобожденія отъ крѣпостной зависимости. Всѣ законоположенія, касающіяся сервитутовъ, находимъ мы въ особомъ «Прпложеніи» къ т. IX Свода Законовъ, книга IV, раздѣлъ VI.

Пастбищный сервитутъ опредѣляется въ статьѣ 243-й слѣдующими словами: «Пользованіе со стороны крестьянъ въ предѣлахъ помѣщичьихъ земель выгонами и мѣстами для пастьбы оставляется въ порядкѣ, установившемся существующими въ каждомъ мѣстѣ обычаями, съ тѣмъ однако же, что помѣщики, не возбраняя крестьянамъ обычнаго пользованія оными, сохраняютъ право распахивать или устраивать иное хозяйство на сихъ мѣстахъ, а также дозволять и постороннимъ лицамъ пользованіе ими, но не въ ущербъ дѣйствительнымъ потребностямъ крестьянъ. Разрѣшеніе всякихъ по сему вопросу несогласій и споровъ представляется мировому посреднику».

Изъ этой статьи ясна фактическая возможность для помѣщика уничтожить пастбищный сервитутъ. Что такое, въ самомъ дѣлѣ, это право собственника «распахать» или устроить «иное» хозяйство,

Digitized by Google

исключающее возможность пасти скотъ на этихъ мѣстахъ? Правда, разрѣшается это помѣщику, если не вредитъ «дѣйствительнымъ потребностямъ крестьянъ». Но вѣдь жизненная безполезность этого заявленія ясна для всѣхъ, знающихъ, въ какой мѣрѣ интересы борящихся сторонъ зависятъ отъ реальнаго соотношенія силъ.

Въ примѣчаніи къ указанной статьѣ мы встрѣчаемъ еще болѣе краснорѣчивое положеніе: оказывается, что подъ пастбищнымъ сервитутомъ нужно понимать только право пасти скотъ, но не устраивать «парехи» (овчарни) для содержанія стадъ; пастбищный сервитутъ не касается также и зимнихъ пастбищъ. Для устройства «парехъ» и для пользованія зимними пастбищами крестьяне должны войти въ соглашеніе съ помѣщиками.

По статьѣ 244: «раздѣлъ между крестьянскими обществами и помѣщикомъ выгоновъ и мѣстъ для пастьбы происходитъ по добровольному ихъ между собою соглашенію, также съ утвержденія мирового посредника».

Но до настоящаго времени эта добровольная разверстка не происходила въ силу невозможности прійти къ соглашенію. Въ статьяхъ 232, 234, 300, 304 и 306 говорится о сервитутномъ правѣ на водопой и на рыбную ловлю, если таковая составляетъ одно изъ главныхъ средствъ существованія крестьянъ. Но и въ этомъ случаѣ крестьяне уплачиваютъ помѣщикамъ повинность, соотвѣтственно выгодѣ, получаемой ими отъ рыболовства. Право пользованія лѣсными сервитутами также ограничено и не распространяется на всѣ области Закавказья (ст. 248, 381, 515, 246, 247). Такъ вотъ на какихъ основаніяхъ право пользованія сервитутами перешло въ уставныя грамоты и существуетъ до настоящаго времени. Мы говорили уже, въ какой степени сервитутныя отношенія являются экономическимъ анахронизмомъ для болѣе или менѣе культурныхъ хозяйствъ частныхъ владѣльцевъ, и въ какой степени ростъ экономической жизни вообще противорѣчитъ ихъ существованію. Съ другой стороны, мы знаемъ, что нерѣдко жизнь крестьянскаго хозяйства зависитъ отъ существованія этихъ сервитутовъ, и ихъ уничтоженіе повлечетъ за собой ихъ разрушеніе. Однако и экономическія требованія времени, и степень напряженности въ отношеніяхъ крестьянъ и помѣщиковъ требуютъ того или иного разрѣшенія больного вопроса, и мы можемъ только привѣтствовать тѣ мѣры, которыя приняты кавказской администраціей и обществомъ для его скорѣйшаго рѣшенія. Въ настоящее время надъ этимъ вопросомъ по распоряженію намѣстника работаютъ губернскія по крестьянскимъ дѣламъ присутствія, которымъ поручено собрать матеріалы о всѣхъ видахъ «права въ чужой вещи» въ Закавказьѣ,

Digitized by Google

количествѣ полевыхъ угодій у землевладѣльцевъ и числѣ крестьянскихъ дымовъ, имѣющихъ право и осуществляющихъ это право на пастбища, выгоны и лѣса; тѣмъ же присутствіямъ поручено намѣтить и самые способы разрѣшенія даннаго вопроса»[1]). Кромѣ того, надъ этимъ же вопросомъ работаетъ Тифлисское депутатское собраніе, наконецъ, Императорское Кавказское Общество сельскаго хозяйства, избравшее изъ своей среды комиссію, которой поручено изученіе сервитутовъ Закавказья.

Такимъ образомъ, теперь можно надѣяться, что изученіе сервитутныхъ отношеній дастъ необходимую, твердую почву для удачнаго ихъ разрѣшенія, и край столь богато одаренный природой пойдетъ быстрыми шагами по пути экономическаго развитія.

О. Измаильская.

[1]) Журналъ «Кавказское хозяйство» № 3, 1913 г.

Digitized by Google

Земскія товарищества по закону 1906 года.

Положеніе о губернскихъ и уѣздныхъ земскихъ учрежденіяхъ предоставило вѣдѣнію этихъ учрежденій извѣстный кругъ дѣлъ «о мѣстныхъ пользахъ и нуждахъ» и строго ограничило его «предѣлами губерніи или уѣзда, каждому изъ сихъ учрежденій подвѣдомственныхъ» (ст. 1—3 Положенія о губ. и уѣздн. земск. учр.).

Вложенное въ этотъ законъ стремленіе устранить изъ вѣдѣнія земствъ обсужденіе дѣлъ общегосударственнаго значенія и воспретить имъ сношенія другъ съ другомъ даже по вопросамъ, имѣющимъ для нихъ общее значеніе, на практикѣ повело къ очевидному ослабленію дозволенной закономъ дѣятельности земствъ; связанныя въ распоряженіи своими средствами указанными предѣлами, земства должны были нецѣлесообразно дробить свои силы, понижая удовлетвореніе мѣстныхъ потребностей; въ то же время, тѣсное соприкосновеніе земствъ въ хозяйственной дѣятельности неминуемо вело къ объединенію для лучшаго служенія мѣстнымъ интересамъ и для экономіи силъ и средствъ. Земства стали объединяться въ негласные союзы и товарищества. Замѣтное процвѣтаніе ихъ объединенной дѣятельности по снабженію населенія сельскохозяйственными машинами, орудіями, сѣменами и пр. обратило на себя вниманіе правительства, которое сознало, что нужно устранить съ пути земствъ затрудненія, вытекающія изъ ихъ изолированности.

Съ этою цѣлью министръ внутреннихъ дѣлъ призналъ необходимымъ предоставить земскимъ учрежденіямъ образовывать по взаимному соглашенію посредническія товарищества и союзы для совмѣстной выписки и продажи орудій, машинъ, сѣмянъ и всякаго рода предметовъ, необходимыхъ въ сельскомъ быту.

Проектъ министра подвергся значительнымъ измѣненіямъ, и 31 января 1906 года было Высочайше утверждено мнѣніе Государственнаго Совѣта «о земскихъ товариществахъ для пріобрѣтенія и продажи необходимыхъ въ сельскомъ быту предметовъ».

Digitized by Google

Законъ этотъ вошелъ въ Положеніе въ видѣ примѣчанія къ ст. 3 и дополненія къ статьѣ 4.

Примѣчаніе къ статьѣ 3 Положенія, ограничивающей кругъ дѣйствій земскихъ учрежденій предѣлами губерніи или уѣзда, гласитъ:

«Губернскимъ и уѣзднымъ, хотя бы разныхъ губерній, земскимъ учрежденіямъ предоставляется, на основаніи постановленій земскихъ собраній, заключать между собою, по взаимному соглашенію, договоры товарищества для пріобрѣтенія и продажи сельскохозяйственныхъ орудій, машинъ, сѣмянъ и другихъ предметовъ, необходимыхъ въ сельскомъ быту».

Дополненіе къ статьѣ 4 Положенія, предоставившей земскимъ учрежденіямъ права юридическаго лица, даетъ эти права земскимъ товариществамъ въ слѣдующей редакціи:

«Образованныя земскими учрежденіями для указанной въ примѣчаніи (по прод.) къ статьѣ 3 цѣли товарищества имѣютъ право, на основаніи общихъ гражданскихъ законовъ, пріобрѣтать и отчуждать имущества, вступать въ обязательства, а также искать и отвѣчать на судѣ по имущественнымъ дѣламъ, ихъ касающимся».

Такимъ образомъ, въ строгое правило статьи 3 внесена значительная поправка, предѣлы губерніи и уѣзда раскрыты для дѣятельности земствъ, и имъ разрѣшено право взаимныхъ соглашеній по значительному ряду вопросовъ.

Не скоро послѣ изданія этого закона земства осуществили свое новое право; долгое время еще они продолжали свою дѣятельность въ видѣ негласныхъ союзовъ, какъ бы отыскивая соотвѣтствующей формы объединенія; дѣлались неудачныя попытки получить утвержденіе устава союза. Наконецъ, появляются гласныя товарищества земствъ, въ формѣ торговыхъ товариществъ, изъ которыхъ земства выбрали товарищество на вѣрѣ. Эта форма принята крупнѣйшими изъ товариществъ — Московскаго, Орловскаго, Пензенскаго и Кіевскаго губернскихъ земствъ. Какъ видно изъ отчетовъ о совѣщаніяхъ представителей земствъ, они избрали торговую форму не по соображеніямъ цѣлесообразности, а въ силу убѣжденія, что изъ договорныхъ товариществъ только торговыя признаны, охраняются закономъ и надѣлены правами юридическаго лица. Послѣдній признакъ неясно представлялся учредителямъ, и въ немъ они видѣли, главнымъ образомъ, одну сторону и одно удобство — признаніе товарищества третьими лицами. Надѣленіе земскаго объединенія правами законнаго товарищества представлялось имъ возможнымъ лишь при условіи принятія формы торговаго дома и соблюденія всѣхъ требованій Устава Торговаго;

Digitized by Google

въ виду этого, принявъ договоръ товарищества на вѣрѣ, одно изъ нихъ приняло и фирму съ перечисленіемъ товарищей и прибавкою «и К°».

Такой способъ осуществленія предоставленнаго земствамъ права явился результатомъ ограничительнаго толкованія закона, послѣдствіемъ юридическаго предубѣжденія, и самое объединеніе земствъ въ торговыя товарищества оказалось несогласованнымъ съ Уставомъ Торговымъ и нарушающимъ законъ о земскихъ товариществахъ.

Примѣненіе нормъ Устава Торговаго къ соглашеніямъ земскихъ учрежденій представляется допустимымъ съ такими оговорками и съ такими отступленіями, при которыхъ отъ требованій торговыхъ законовъ остается очень мало; между тѣмъ, именно соблюденіе ихъ въ цѣломъ и даетъ право на учрежденіе и существованіе торговыхъ товариществъ.

Торговыя товарищества отмѣчены не только узко-сословнымъ характеромъ, но еще и особенностями понятія торговли, связаннаго съ понятіемъ наживы, прибыли; договоромъ торговаго товарищества долженъ быть признанъ такой договоръ, который и по предмету, и по цѣли его является заключеннымъ по торговлѣ и для торговли. Природа той дѣятельности земствъ, для которой имъ разрѣшено объединяться въ товарищества, съ торговлею въ общепринятомъ смыслѣ имѣетъ только то общее, что и тамъ и здѣсь есть элементъ мѣны, но на этомъ сходство и оканчивается. Торговая дѣятельность есть свободно выбранный промыселъ или занятіе, осуществляемое ради полученія прибыли. Дѣятельность земствъ по снабженію населенія предметами первой необходимости есть исполненіе одной изъ возложенныхъ закономъ на земскія учрежденія обязанностей, хотя бы и предоставленныхъ имъ, а не вмѣняемыхъ, но вытекающихъ изъ круга ихъ вѣдѣнія. Какъ учрежденіе, которому государство ввѣрило осуществленіе многихъ изъ важнѣйшихъ государственныхъ задачъ, земство беретъ на себя снабженіе населенія необходимыми предметами не по свободному произволу, а въ силу обязанности, и не по соображеніямъ выгодности или капризовъ спроса, которыя свойственны торговлѣ, а на основаніи признанія государствомъ необходимости наиболѣе полно удовлетворить существеннѣйшія потребности населенія и тѣмъ обезпечить его матеріальное и духовное благосостояніе. Здѣсь не можетъ быть рѣчи о прибыли, такъ какъ то, что можетъ быть названо выгодою земскихъ учрежденій, или возвращается населенію оказаніемъ ему новыхъ услугъ или сохраняется у населенія въ видѣ сбереженій. Не конкурренція, характерная для тор-

Digitized by Google

говли, свойственна этой дѣятельности земствъ, и не конкурренція для увеличенія прибылей, а представительство отъ населенія на рынкѣ, на которомъ это населеніе признается безсильнымъ въ борьбѣ за свои интересы. Насколько при этомъ элементъ выгоды не имѣетъ значенія, видно изъ того, что въ этой дѣятельности, какъ и въ другихъ отрасляхъ земской работы, убыточность, понимаемая обычно, не можетъ остановить земство отъ исполненія возложенныхъ на него задачъ: въ этомъ отношеніи положеніе земства аналогично положенію государственныхъ учрежденій.

Слѣдовательно, по природѣ этой дѣятельности, имѣющей внѣшнее сходство съ торговлей по признаку обмѣна, примѣненіе къ ней нормъ торговаго права представляется искусственнымъ. Изслѣдованіе этихъ нормъ убѣждаетъ въ томъ, что онѣ созданы и могутъ быть примѣнены только къ торговлѣ въ придаваемомъ ей этими нормами смыслѣ и отмѣчены сословнымъ характеромъ, и раскрѣпощеніе ихъ отъ сословныхъ чертъ шло только по линіи сословныхъ же интересовъ: вѣдь, только недавно отмѣнено правило, по которому товарищество могло слагаться изъ товарищей, «въ равную гильдію записанныхъ». Самое заглавіе Манифеста 1 января 1807 года, правила котораго вошли въ Уставъ Торговый, въ раздѣлъ «О торговомъ Товариществѣ», свидѣтельствуетъ о сословномъ и личномъ характерѣ этого рода товариществъ; онъ носитъ заглавіе: «о дарованныхъ купечеству новыхъ выгодахъ, отличіяхъ, преимуществахъ и новыхъ способахъ къ распространенію и усиленію торговыхъ предпріятій». Статья 1 Манифеста: «Желаемъ, чтобы вѣроподданное Наше купечество, особливо для преобладанія во внѣшней торговлѣ, впредь производило свой торгъ въ образѣ товариществъ. Но никто къ сему не принуждается закономъ, который только указуетъ новую стезю. Образъ купеческихъ товариществъ да будетъ въ законѣ двоякій: I. Товарищество полное. II. Товарищество на вѣрѣ. Сверхъ того бываетъ товарищество по участкамъ, которое слагается изъ многихъ лицъ, складывающихъ воедино опредѣленныя суммы, коихъ извѣстное число даетъ складочный капиталъ. Но какъ цѣль онаго служить важнымъ видамъ Государственнаго хозяйства, то сего рода компанія учреждается съ Нашего утвержденія, и по существу своему допущая участниковъ изъ всѣхъ состояній, не прямо принадлежитъ къ занятіямъ купечества» (Полное собраніе законовъ, 22418. 1807 г. Генв. 1).

Такимъ образомъ, цѣль закона — дарованіе новыхъ выгодъ, отличій и преимуществъ купечеству, новыхъ способовъ къ развитію торговыхъ предпріятій; называя, далѣе, узаконяемыя това-

Digitized by Google

рищества «купеческими», законъ отличаетъ ихъ отъ акціонерныхъ компаній также сословнымъ признакомъ — допущеніемъ въ нихъ участниковъ изъ всѣхъ состояній и указаніемъ, что акціонерная компанія «не прямо принадлежитъ къ занятіямъ купечества»

Сословнымъ характеромъ отмѣчены и требованія, предъявляемыя Уставомъ Торговымъ къ товариществамъ, и соблюденіе ихъ земскими учрежденіями противорѣчитъ законамъ о земствѣ. То, что приведенный манифестъ называетъ выгодами, отличіями и преимуществами купечества, превращается въ privillegium odiosum для земскихъ учрежденій и встрѣчается непримиримо съ требованіями Положенія о земскихъ учрежденіяхъ. Товарищъ одного торговаго дома не можетъ быть въ то же время товарищемъ другого дома: это требованіе непримѣнимо къ земствамъ потому, что и положеніе, и цѣли торговца, и земства весьма различны. Земскія учрежденія вступаютъ въ товарищество не по свободному выбору, а въ силу возложенной на нихъ обязанности и, если эти обязанности наилучше могутъ быть удовлетворены въ рядѣ товариществъ, земскія учрежденія не могутъ отказаться отъ учрежденія ихъ, потому что, въ противномъ случаѣ пришлось бы допустить своеобразный отказъ или освобожденіе земствъ отъ исполненія ихъ прямого долга. Напримѣръ, если земствомъ учреждено товарищество для пріобрѣтенія и сбыта извѣстнаго предмета и, въ то же время, обнаруживаются въ той же мѣстности наилучшія условія и наилучшій рынокъ для другого предмета потребленія, земство не имѣетъ права уклониться отъ использованія этихъ условій и привлечь, въ качествѣ учредителя, другое земство, ограничившись ролью безгласнаго вкладчика. Между тѣмъ, такое самоограниченіе земствъ, учредителей товариществъ, уже имѣло мѣсто и обезсилило наиболѣе состоятельныя и дѣятельныя земства. Смыслъ запрещенія товарищамъ учреждать новыя товарищества или входить въ нихъ на правахъ товарища объясненъ въ Манифестѣ 1807 года: «ибо товарищъ отвѣтствуетъ за долги одного дома всѣмъ своимъ состояніемъ». Это ограниченіе имѣетъ въ виду интересъ кредиторовъ. Но къ земскимъ учрежденіямъ не могутъ быть приложимы ограниченія и опасенія этого рода, ибо земства, въ смыслѣ отвѣтственности по своимъ обязательствамъ, приравнены къ казеннымъ учрежденіямъ, проникнутымъ, по выраженію Государственнаго Совѣта, «идеей о безусловной состоятельности и добросовѣстности дѣйствій». Это положеніе подтверждается и многочисленными разъясненіями Правительствующаго Сената, выдѣлившаго земскія учрежденія въ виду ихъ значенія и положенія, какъ особой организаціи съ функціями правительственной власти.

Digitized by Google

Принявъ торговую форму для объединеній, земства должны были исполнить рядъ формальностей, имѣющихъ не внѣшнее только значеніе, а глубоко затрогивающихъ положеніе земства и проводящихъ его подъ ярмомъ частнаго и сословнаго интереса: «Торговый домъ не иначе можетъ быть открытъ и не иначе получаетъ гражданское и торговое знаменованіе (ст. 62 и 71), какъ по внесеніи лицами, открывающими оный на правилахъ товарищества полнаго или на вѣрѣ, въ Городскую управу (или замѣняющее ее учрежденіе), а въ городахъ С.-Петербургѣ, Москвѣ и Одессѣ — въ Купеческую управу, выписки изъ своихъ взаимныхъ постановленій о товариществѣ и обвѣщеніи сими лицами о томъ купечества печатными листами».

Это постановленіе имѣетъ въ виду лицъ, причисляемыхъ, по выраженію закона, «къ среднему роду людей», т.-е. купцовъ и вполнѣ согласовано съ законами о состояніяхъ, въ частности, о купцахъ, объ ихъ правахъ и преимуществахъ; вполнѣ послѣдовательное подчиненіе порядка образованія товариществъ правиламъ о частномъ управленіи купеческаго сословія, оно, какъ преимущество купечества, ввѣряетъ сословному надзору торговыя товарищества и не допускаетъ учрежденія ихъ, не даетъ имъ знаменованія безъ признанія ихъ сословными установленіями. Оглашеніе учрежденныхъ товариществъ «печатными листами» также есть преимущество, — законъ удовлетворяется сословною регистраціею и оповѣщеніемъ сословія, ради поощренія купечества, не склоннаго ни объявлять капиталы, ни прибѣгать въ своихъ частныхъ дѣлахъ и интересахъ къ болѣе широкой гласности. Требованіе назначенія замѣстителя для продолженія дѣлъ въ случаѣ смерти и рядъ другихъ требованій подчеркиваютъ частный, личный и сословный характеръ торговаго закона о товариществахъ (ст. 59—76) и стремленіе законодателя получить свѣдѣнія о количествѣ вносимаго капитала. Такой характеръ ихъ лишаетъ ихъ общаго значенія и не допускаетъ возможности предъявленія ихъ къ земскимъ учрежденіямъ: не представляется возможнымъ поставить актъ, исходящій отъ земства, какъ учрежденія безсословнаго, имѣющаго даже въ своей хозяйственной дѣятельности характеръ органа государственнаго, въ зависимость отъ признанія его учрежденіемъ сословнымъ, торговымъ установленіемъ, каковымъ для этого рода дѣлъ являются и купеческія, и городскія управы. Нельзя ограничить предѣлы земской гласности обвѣщеніемъ одного изъ сословій, имѣющаго наименьшее отношеніе къ земству; обвѣщеніе купечества — есть одинъ изъ моментовъ оглашенія, оповѣщающій лицъ одного промысла и одного со-

Digitized by Google

словія объ открытіи торговаго дома; онъ завершаетъ открытіе дома и полученіе имъ гражданскаго и торговаго знаменованія того «образа товарищества», который избранъ учредителями: этимъ актомъ распространяются среди купечества свѣдѣнія о составѣ товарищества, о количествѣ капитала, а также о перемѣнахъ въ составѣ для установленія того, кто долженъ отвѣчать по обязательствамъ. Уже по приведеннымъ соображеніямъ о «безусловной состоятельности и добросовѣстности» земскихъ учрежденій нельзя поставить ихъ рядомъ съ отдѣльными лицами въ исполненіи обязанности обвѣщенія, но нельзя сдѣлать этого и потому, что эта дѣятельность земствъ не является торговою и не ограничена средою одного сословія, наблюденію котораго подчинена дѣятельность торговцевъ (ст. 550 т. IX Св. Зак.).

Мы уже говорили о томъ, какъ вступленіе наиболѣе сильныхъ иниціативою земствъ въ товарищества въ качествѣ товарищей закрыло имъ возможность проявить свою полную дѣятельность въ какой-либо другой отрасли той же дѣятельности. Но и тѣ земства, которыя вошли въ товарищества въ качествѣ вкладчиковъ, приняли такую форму участія, которая лишила ихъ права проявить себя, потому что вкладчики «не входятъ въ распоряженіе дѣлами» товарищества. Несомнѣнно, что и то, и другое ограниченіе уродливо отражается на дѣятельности земствъ. Ограниченная отвѣтственность вкладчиковъ есть отступленіе отъ начала основной полной отвѣтственности по обязательствамъ и допущена, какъ отступленіе лишь настолько, насколько оно оправдывается невозможностью капиталисту лично участвовать въ веденіи предпріятія, т.-е. насколько участіе его въ предпріятіи должно ограничиваться однимъ внесеніемъ имущественнаго вклада (проектъ Гражданскаго Улож., кн. V, стран. 319) По самой идеѣ земскихъ учрежденій и по идеѣ объединенія ихъ въ товарищества, объединеніе имѣетъ цѣлью дѣятельность земства, а не ограниченіе ея и, во всякомъ случаѣ, земство-вкладчика нельзя приравнять ко вкладчику, «дающему на вѣру свой капиталъ»,—какъ бы ни слагались въ товариществѣ отношенія, права и обязанности ихъ, цѣль объединенія, по свойству земскихъ учрежденій, есть распоряженіе народными средствами, а не отдача ихъ «на вѣру», хотя бы и такимъ же земскимъ учрежденіямъ.

Эти соображенія должны были возникать въ средѣ земскихъ учрежденій по мѣрѣ столкновенія земскихъ товариществъ съ послѣдствіями указанныхъ особенностей торговыхъ товариществъ и подчеркивать несовмѣстимость ихъ съ идеей земства. Какъ выше сказано, торговыя формы приняты земствами по соображеніямъ

Digitized by Google

кажущейся необходимости принять ихъ изъ опасенія, что другіе виды товариществъ не будутъ признаны третьими лицами и не получатъ охраны закона.

Такое воззрѣніе противорѣчитъ нашимъ гражданскимъ законамъ и не вытекаетъ изъ закона о земскихъ товариществахъ.

Законы гражданскіе не дали исчерпывающаго перечня договорныхъ товариществъ, и этотъ перечень нужно восполнить указаніями Свода Законовъ и разъясненіями судебныхъ учрежденій. Томъ X, ч. 1-я Свода Законовъ гражданскихъ, давъ общее опредѣленіе товарищества, какъ соединенія въ одинъ составъ лицъ, дѣйствующихъ въ немъ подъ однимъ общимъ именемъ, отсылаетъ для опредѣленія «состава ихъ» къ общимъ положеніямъ о договорахъ и ограждаетъ условія, положенія и постановленія товарищества, если они не противны законамъ и не клонятся ко вреду, ущербу или убытку для общаго блага (ст. 2126 и 2132 т. X, I). По происхожденію своему, ст. 2132 не относится только къ четыремъ видамъ товарищества, указаннымъ въ т. X и въ Уставѣ Торговомъ: вопреки мнѣнію А. П. Башилова («Неформальныя товарищества и товарищества на паяхъ», «Журн. Мин. Юстиціи», 1904 г., № 4) о томъ, что постановленіе это по необходимости выражено въ общей формѣ, но «главнымъ образомъ имѣетъ въ виду торговыя товарищества», это постановленіе является основою для постановленія ст. 2127, перечисляющей тѣ предпріятія, которыя могутъ быть предметомъ товарищества, и исторически предшествуетъ закону о торговыхъ товариществахъ. Источникомъ той и другой статьи являются Уставъ Благочинія или Полицейскій 1782 года, Манифестъ 1 января 1807 года о дарованныхъ купечеству новыхъ выгодахъ и Высочайше утвержденное положеніе о третейскомъ судѣ. (Полное собраніе законовъ, 15379, 1782 г. апр. 8, 64, 65; 22418, 1807 г. генв. 1; 4500, 1831 г. апр. 15, § 51). Уставъ Благочинія устанавливаетъ понятіе «закономъ утвержденнаго общества товарищества, братства или иного подобнаго установленія»; положеніе о третейскомъ судѣ отдѣляетъ понятіе участниковъ торговаго дома отъ понятія лицъ, «соединенныхъ на законномъ основаніи въ одинъ составъ по торговлѣ, страхованію, по перевозкамъ и вообще по какой бы то ни было промышленности, и дѣйствующими въ семъ составѣ подъ однимъ общимъ именемъ компаніи, сообщества или товарищества». Такимъ образомъ, употребленный въ ст. 2127 терминъ охраняемаго закономъ товарищества объемлетъ всѣ виды ихъ, подходящіе подъ опредѣленіе товарищества въ ст. 2126 и имѣющіе предметомъ всякаго рода предпріятія, указанныя въ ст. 2127. Это положеніе подтверждается и тѣмъ, что и законамъ торговымъ

Digitized by Google

извѣстны другіе виды товарищества, а именно: «товарищества для особыхъ дѣлъ и предпріятій». Редакціонная коммиссія по составленію проекта Гражданскаго Уложенія признаетъ, что «товарищество, какъ и всякій договоръ, можетъ быть составлено согласно началу договорной свободы (1528 ст., т. XX, ч. I) съ отступленіемъ отъ предусмотрѣнныхъ закономъ типовъ его».

Сводъ Законовъ упоминаетъ въ разныхъ частяхъ товарищества, выходящія изъ приведеннаго въ торговыхъ и гражданскихъ законахъ перечня. Уставъ Кредитный, Горный, Законы о состояніяхъ, Уставъ о промышленности, Уставъ путей сообщенія и пр. выводятъ насъ указанными въ нихъ видами договорныхъ товариществъ изъ узкихъ рамокъ перечисленныхъ четырехъ видовъ и надѣляютъ признаніемъ товарищества, значительно отличающіяся отъ нихъ, независимо отъ регистраціи и оглашенія. Крестьянскія поземельныя товарищества для пріобрѣтенія земли съ содѣйствіемъ Крестьянскаго поземельнаго банка признаются безъ всякаго оглашенія и получаютъ право при условіи лишь образованія ихъ для этой спеціальной цѣли. Товарищества пріисковыя дѣйствительны по образованіи ихъ и сообщаютъ свои договоры Горному Управленію лишь «для свѣдѣнія». Практика Правительствующаго Сената и проектъ Гражданскаго Уложенія признаютъ установленнымъ, что договорныя товарищества извѣстны нашему гражданскому кодексу и что «всякое товарищество, имѣющее предметомъ хозяйственное предпріятіе, направленное къ полученію прибыли, законно и дѣйствительно, независимо отъ того, составлено ли оно по одной изъ формъ, прямо предусмотрѣнныхъ въ законѣ, или по другой формѣ, непредусмотрѣнной». (Гражд. Улож., кн. 5, т. III, стран. 332)

Здѣсь мы подходимъ къ моменту регистраціи товариществъ, который вовсе не установленъ гражданскими законами для договорныхъ товариществъ, что и повело къ сомнѣніямъ о значеніи и силѣ такихъ товариществъ. Если для извѣстнаго рода ихъ оглашеніе не признано обязательнымъ, то признаніе остальныхъ поставлено въ зависимость или отъ подчиненія ихъ установленной формѣ товариществъ торговыхъ или артелей, или отъ исполненія особыхъ требованій закона.

Земскія товарищества поставлены закономъ 1906 года въ особое положеніе. Они, какъ результатъ соглашенія законно существующихъ и дѣйствующихъ учрежденій, основаннаго на правильно состоявшемся постановленіи ихъ, получаютъ силу на основаніи договора и облечены правами юридическаго лица съ момента заключенія самаго договора, независимо отъ вида товарищества. Въ этомъ убѣждаетъ, какъ не оставляющій сомнѣнія текстъ

Digitized by Google

приведеннаго въ началѣ закона, такъ и справка о происхожденіи его.

Какъ видно изъ отчета по дѣлопроизводству Государственнаго Совѣта за 1906 годъ, основаніемъ закона о земскихъ товариществахъ послужило представленіе Министра Внутреннихъ Дѣлъ, полагавшаго необходимымъ предоставить земскимъ учрежденіямъ губерніи объединяться въ союзы и товарищества для совмѣстной выписки и продажи земледѣльческихъ орудій, машинъ, сѣмянъ и всякаго рода предметовъ, необходимыхъ въ сельскомъ хозяйствѣ. Этимъ органамъ предполагалось предоставить права юридическихъ лицъ, при чемъ утвержденіе уставовъ этихъ товариществъ и союзовъ имѣлось въ виду поручить Министру Внутреннихъ Дѣлъ, по представленіямъ подлежащихъ губернаторовъ.

Государственный Совѣтъ, признавая весьма желательнымъ расширеніе дѣятельности земскихъ учрежденій, счелъ нужнымъ остановиться, прежде всего, на проектируемыхъ способахъ для достиженія этой цѣли и обратилъ вниманіе на то, что въ представленіи не указано, чѣмъ проектируемые союзы будутъ отличаться отъ товариществъ, которымъ, какъ и союзамъ, предполагается дать права юридическихъ лицъ. Въ то время, какъ «понятіе товарищества точно опредѣлено гражданскими законами (Св. Зак., т. X, ч. I, изд. 1900 г., ст. 2126 и слѣд.)», «образуемые земскими учрежденіями союзы явились бы неизвѣстнымъ нашему гражданскому законодательству установленіемъ, требующимъ особаго опредѣленія», и по мнѣнію Соединеннаго Присутствія «не встрѣчается надобности вводить въ гражданскіе законы означенное новое понятіе». «Вышеуказанная цѣль объединенія дѣятельности земскихъ учрежденій вполнѣ можетъ быть достигнута предоставленіемъ имъ учреждать посредническія товарищества для пріобрѣтенія и продажи необходимыхъ для сельскаго хозяйства предметовъ». Переходя къ вопросу объ уставахъ товарищества, Департаменты замѣтили, что «товарищества, на основаніи законовъ гражданскихъ, могутъ образовываться, или посредствомъ договоровъ, или чрезъ утвержденіе въ установленномъ порядкѣ ихъ уставовъ (ст. 2132 и 2138). Уставы необходимы для компаній и товариществъ, дѣятельность коихъ, разсчитанная на продолжительный срокъ, связана со сложными отношеніями и интересами. Между тѣмъ, задача товариществъ, которыя земскія учрежденія желаютъ заводить для пріобрѣтенія и продажи сельско-хозяйственныхъ орудій и другихъ предметовъ, необходимыхъ въ сельскомъ быту, весьма проста, а срокъ дѣйствія такихъ товариществъ можетъ быть весьма различенъ, ограничиваясь въ однихъ случаяхъ лишь ближайшими годами. Вслѣд-

Digitized by Google

ствіе сего, нѣтъ основаній требовать для этихъ товариществъ уставовъ. Для образованія ихъ земскія учрежденія могутъ вступить между собою въ договоры, подобно тому, какъ губернскимъ земствамъ предоставлено заключать между собою договоры о взаимномъ перестрахованіи имуществъ отъ огня».

«Такіе договоры должны быть заключаемы на основаніи правилъ законовъ гражданскихъ, при чемъ никакого утвержденія со стороны административной власти не требуется. Но для вступленія земскихъ учрежденій въ подобный договоръ необходимы соотвѣтственныя постановленія подлежащихъ земскихъ собраній. На основаніи дѣйствующихъ относительно земскихъ учрежденій узаконеній (Св. Зак., т. II, изд. 1892 г. Пол. земск. учр.) постановленія земскихъ собраній поставлены вообще подъ контроль правительственной власти». Находя, поэтому, что обязательное представленіе постановленій земскихъ собраній на утвержденіе Министра Внутреннихъ Дѣлъ или мѣстнаго губернатора «только осложнило и замедлило бы указанную дѣятельность земствъ, отъ которой можно ожидать лишь пользы для мѣстнаго населенія», Департаменты признали «болѣе правильнымъ постановленія земскихъ собраній о заключеніи между земствами вышеупомянутыхъ договоровъ товарищества не причислять къ предусмотрѣннымъ статьями 82 и 83 Положенія о земскихъ учрежденіяхъ постановленіямъ, для законности конхъ требуется утвержденіе правительственной власти. На эти постановленія будетъ распространяться порядокъ надзора, установленный 86 и 87 статьями Положенія о губернскихъ и уѣздныхъ земскихъ учрежденіяхъ, при коемъ неопротестованныя въ двухнедѣльный срокъ губернаторомъ постановленія земскихъ собраній приводятся въ дѣйствіе».

Приведенная выписка только развиваетъ тѣ положенія, которыя включены въ текстъ закона о земскихъ товариществахъ. Права юридическаго лица предоставлены договорнымъ товариществамъ губернскихъ и уѣздныхъ земскихъ учрежденій, основаннымъ на постановленіяхъ земскихъ собраній и образуемымъ на основаніи правилъ законовъ гражданскихъ, независимо отъ рода товарищескаго объединенія. Въ то время, какъ указанныя въ отчетѣ по дѣлопроизводству Государственнаго Совѣта соглашенія земствъ о взаимномъ перестрахованіи имуществъ отъ огня заключаются также «на основаніи постановленій губернскихъ земскихъ собраній», они требуютъ утвержденія Министра Внутреннихъ Дѣлъ; новый законъ о товариществахъ освободилъ договоры земствъ отъ утвержденія административною властью. Не стѣсняя эти товарищества принятіемъ установленныхъ формъ, онъ предоставилъ

Digitized by Google

образованіе товариществъ и составленіе ихъ договоровъ на волю сторонъ на основаніи правилъ законовъ гражданскихъ, считая понятіе товарищества точно опредѣленнымъ гражданскими законами — статьею 2126 и слѣд., т. X. То оглашеніе, которое составляетъ условіе признанія обычной формы торговыхъ товариществъ, въ данномъ случаѣ отпадаетъ и замѣняется однимъ актомъ — договоромъ товарищества, если онъ заключенъ на основаніи неопротестованныхъ постановленій земскихъ собраній. Основаніе для признанія достаточнымъ такого порядка учрежденія договорныхъ товариществъ заключается въ томъ, что поставленныя подъ контроль правительственной власти земскія учрежденія являются учрежденіями, которыя дѣйствуютъ въ порядкѣ, установленномъ закономъ, и постановленія которыхъ получаютъ обязательную силу, какъ и постановленія органовъ правительственной власти. Поставленныя подъ контроль власти и дѣйствуя въ отведенныхъ ихъ вѣдѣнію предѣлахъ, земскія учрежденія, по свойству и положенію своему, не должны подлежать тѣмъ ограниченіямъ, которыя вызываются опасеніями произвола частныхъ лицъ, почему предоставленіе правъ образуемымъ этими лицами товариществамъ и поставлено въ зависимость отъ соблюденія извѣстныхъ формъ и условій, такъ какъ такія товарищества могутъ нарушить права и интересы третьихъ лицъ; самое вступленіе частныхъ лицъ въ товарищества, дѣйствующія не только въ кругу своихъ членовъ, но и въ средѣ третьихъ лицъ, права коихъ могутъ быть нарушены, можетъ находиться подъ контролемъ государства только при соблюденіи порядка регистраціи. Въ земскихъ же товариществахъ кругъ участниковъ ограниченъ земствами, предметъ товариществъ опредѣленъ, опредѣленъ и порядокъ учрежденія ихъ, отдѣльные моменты котораго публичны, извѣстны власти и совершаются въ томъ порядкѣ, который установленъ закономъ для постановленій земскихъ собраній.

Итакъ, законъ 1906 года о земскихъ товариществахъ подтверждаетъ общее положеніе нашего гражданскаго законодательства о томъ, что всякое договорное товарищество, имѣющее цѣлью соединеніе лицъ въ одинъ составъ и дѣйствіе въ этомъ составѣ подъ однимъ общимъ именемъ по предметамъ, кои не противны закону, благочинію и общественному порядку (ст. 1528 т. X, ч. 1), признается и охраняется закономъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, надѣленіе договорныхъ земскихъ товариществъ правами юридическаго лица, рядомъ съ освобожденіемъ земствъ отъ принятія для этой цѣли уставовъ и отъ примѣненія къ нимъ порядка регистраціи договорныхъ торговыхъ товариществъ, вноситъ въ законъ о гражданскихъ

Digitized by Google

товариществахъ отсутствовавшее въ нихъ начало регистраціи, особое для земскихъ учрежденій. Въ связи съ ростомъ разнообразныхъ формъ товарищества, разновременно появившихся и признанныхъ Сводомъ безъ соблюденія порядка оглашенія, гражданскими законами усваивается признаніе необходимости надѣлить правами договорныя товарищества, примѣненное въ данномъ случаѣ къ земскимъ учрежденіямъ. Надѣленіе ихъ всѣми правами юридическаго лица, несмотря на высказанныя Государственнымъ Совѣтомъ соображенія о простотѣ ихъ задачъ и о возможной краткости срока ихъ существованія, есть актъ признанія силы за договорнымъ началомъ и подтверждаетъ мысль о свободѣ формъ гражданскихъ договорныхъ товариществъ: если бы въ данномъ случаѣ имѣлись въ виду, какъ обязательныя, указанныя въ законѣ формы товарищества, то не представлялось бы надобности въ особомъ предоставленіи этимъ товариществамъ правъ, — достаточно было бы поставить полученіе этихъ правъ въ зависимость отъ принятія ими тѣхъ формъ товарищества, которыя надѣлены этими правами по закону.

Земскія учрежденія не воспользовались вполнѣ своимъ правомъ на объединеніе на договорныхъ началахъ и остановились на устарѣлыхъ формахъ его, усвоеніе которыхъ нарушаетъ идею земской дѣятельности и идею самого товарищества. Нужно пожелать, чтобы осуществленіе земствами своего права объединяться, составляющаго насущнѣйшую потребность времени и обѣщающаго дальнѣйшій расцвѣтъ земской работы, происходило на началахъ, вполнѣ отвѣчающихъ идеѣ земства, къ примѣненію которыхъ въ договорахъ товарищества приложено было бы живое творчество права.

Кн. К. Кекуатовъ.

Digitized by Google

Обзоръ иностранной юридической жизни.

(Введеніе. — Проекты уголовныхъ уложеній. — Смертная казнь. — Международный съѣздъ криминалистовъ. — Съѣздъ судей. — Законъ о присяжныхъ. — Жилищный законъ. — Театральный законъ. † Ульльманъ, Баръ, Гельвигъ, Унгеръ, Кроне).

Нашъ обзоръ долженъ касаться 1913 года. Но такъ какъ въ развитіи такихъ вѣковыхъ и громоздкихъ институтовъ, какими являются установленія права, нѣсколько мѣсяцевъ не составляютъ замѣтнаго періода, то обозрѣніе успѣховъ, достигнутыхъ юридической мыслью за мѣсяцы 1913 года, мы хотимъ связать съ движеніемъ ея и наслѣдствомъ, оставленнымъ минувшимъ годомъ. Обращаясь къ выясненію того основного принципа, который бы помогъ намъ оріентироваться въ разливающихся непрерывнымъ потокомъ массахъ юридическихъ фактовъ и отношеній Европы, мы приходимъ къ убѣжденію, что лишь тѣ правовые факты и отношенія могутъ претендовать на вниманіе при обзорѣ движенія ихъ, которые являютъ собою отраженія или воздѣйствія на соціальную жизнь. Ибо лишь въ этомъ единственномъ случаѣ бѣглый взглядъ на правовую жизнь Европы за короткій періодъ времени можетъ дать картину не случайнаго скопленія разрозненныхъ соціальныхъ фактовъ и мыслительныхъ процессовъ, а обнаружитъ тѣ разбросанныя въ разныхъ областяхъ и разныхъ странахъ отдѣльныя линіи, которыя въ конечномъ счетѣ сливаются въ единую линію процесса проникновенія права въ жизнь. Оглядываясь на тѣ основныя явленія соціальной жизни, которыя направляютъ движеніе современной правовой мысли, приходится остановиться на двухъ изъ нихъ. Положеніе личности въ современномъ государствѣ въ качествѣ подданнаго его и положеніе личности въ немъ въ качествѣ гражданина—это двѣ основныхъ проблемы современной государственной жизни стоятъ въ центрѣ юридической жизни и мысли. Изъ этого, такимъ образомъ, самимъ содержаніемъ правового творчества намѣчающагося, раздвоенія темъ мы на этотъ разъ избираемъ разсмотрѣніе вопросовъ, связанныхъ съ первой

Digitized by Google

проблемой — закрѣпленія началъ, регулирующихъ и увеличивающихъ права и гарантіи подданнаго государства.

И въ первую очередь мы должны отмѣтить продолжающееся неуклонное движеніе трехъ европейскихъ (германскаго, австрійскаго и швейцарскаго) проектовъ уголовныхъ уложеній къ своему законодательному завершенію. Въ январѣ нынѣшняго года комиссія, разсматривающая германскій проектъ, закончила первое чтеніе его и перешла ко второму, а въ Австріи палата господъ приняла австрійскій проектъ. Нелишне упомянуть здѣсь еще разъ объ основномъ тонѣ ихъ, основномъ внутреннемъ устремленіи ихъ, которое съ самаго начала позволило признать ихъ символомъ грядущаго обновленія уголовно-правовой жизни, а теперь и окончательно закрѣпило за ними это значеніе. Однако, далеко не схематическій споръ двухъ застывшихъ въ своемъ догматическомъ самолюбованіи уголовно-научныхъ школъ, и не механическое подавленіе вѣками устроявшихся догматовъ одной школы другою знаменуетъ собою основной характеръ этихъ уложеній. Вдумчивое и осторожное сочетаніе излюбленныхъ человѣчествомъ понятій съ новымъ, принципіально-новымъ содержаніемъ, незамѣтное, но упорное проникновеніе новыхъ струй научнаго вина въ застарѣлые мѣха традиціонныхъ взглядовъ—вотъ что налагаетъ свою печать на нихъ, вотъ что заставляетъ однихъ съ усиливающейся тревогой, другихъ—съ чувствомъ гордаго торжества повторять нѣкогда раздававшееся изъ устъ ветерана классической школы горькое восклицаніе: «Was bleibt noch vom Strafrecht übrig?» Въ полной мѣрѣ оправдываются слова Prins'a: «Судебное зданіе такъ величественно, что мы иногда вѣримъ въ его неподвижность. Это, однако,—иллюзія нашихъ чувствъ»[1]).

Но этотъ же шагъ впередъ можно видѣть и въ томъ положеніи, которое въ минувшемъ году занялъ кардинальный вопросъ уголовнаго права, вопросъ о смертной казни. Если на съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ въ Вѣнѣ, въ конечномъ счетѣ лишенномъ права непосредственнаго воздѣйствія на законодателя, вопросъ о смертной казни остался, въ сущности, нерѣшеннымъ, то зато на съѣздѣ швейцарскихъ юристовъ онъ былъ поставленъ въ связь съ предстоящимъ вскорѣ введеніемъ уголовнаго уложенія, и потому его рѣшенія имѣютъ реально-практическій интересъ. Къ чести Швейцаріи нужно сказать, что она достойно разрѣшила эту трудную задачу, осложнившуюся для нея, на ряду съ чисто уголовно-правовымъ моментомъ, еще и государственно-правовой стороной: боль-

[1]) Revue de droit pénal. 1912, № 3.

Digitized by Google

шинствомъ голосовъ съѣздъ постановилъ отмѣнить смертную казнь безусловно для всей Швейцаріи. Швейцаріи, такимъ образомъ, принадлежитъ отнынѣ честь установленія въ новѣйшее время среди естественныхъ правъ гражданина и новаго основного права его: никогда не платиться жизнью за какое бы то ни было дѣяніе по волѣ государства.

Въ нынѣшнемъ году происходилъ въ Копенгагенѣ съѣздъ международнаго союза криминалистовъ. Единственнымъ почти вопросомъ, который остро стоитъ на очереди и который не скоро, очевидно, сойдетъ съ очереди, былъ вопросъ о мѣрахъ обороны противъ «общеопасныхъ преступниковъ». Самое понятіе это настолько рѣзко отличается отъ принятыхъ и привычныхъ въ наукѣ и въ практикѣ понятій, что недостаточно опредѣленное отношеніе къ нему съѣзда становится понятнымъ. Сила международнаго союза криминалистовъ, кажется намъ, всегда была, по крайней мѣрѣ въ послѣднее время, не столько въ декларацiи новыхъ принциповъ и прокладываніи новыхъ путей, сколько въ чуткомъ уловленіи назрѣвающихъ въ широкихъ кругахъ общества идей. Идея же «общеопасныхъ преступниковъ», наоборотъ, встрѣчаетъ настолько сильное внутреннее противодѣйствіе въ правосознаніи широкихъ круговъ, да и логическая структура ея настолько шатка и случайна, что не вызываетъ удивленія нѣсколько академическій характеръ ея дискуссіи, понятны и неопредѣленные выводы съѣзда о ней. Ибо иначе нельзя назвать тѣ какъ будто страшащіяся сами себя рѣчи и тѣ оговорки, которыми сопровождалось принятіе резолюцiи: мѣры обороны не принимаются въ отношеніи политическихъ преступниковъ, для этихъ мѣръ устанавливается minimum, но не maximum продолжительности, для фиксированія самаго понятія взяты и объективные и субъективные моменты.

Второй вопросъ порядка дня (о преобразованіи юридическихъ занятій) не могъ вызвать принципіальныхъ споровъ; въ докладѣ и дискуссіи признано, что не должно быть разницы въ подготовкѣ уголовнаго и гражданскаго судьи, но что первому нуженъ рядъ вспомогательныхъ наукъ: криминологія (біологія, соціологія, психологія)—вспомогательныя науки матеріальнаго уголовнаго права; криминалистика—вспомогательная наука формальнаго уголовнаго права, и пенологія. Рѣшеніе не принято, и вопросъ долженъ еще обсуждаться.

Обычное вниманіе привлекаетъ къ себѣ съѣздъ нѣмецкихъ судей. Прошлый, второй, съѣздъ въ Вѣнѣ почти разочаровалъ, ибо, создавшись на почвѣ глубоко-жизненной потребности судей въ опредѣленіи своихъ отношеній къ государству и народу,—отношеній

Digitized by Google

необычайно сложныхъ и отвѣтственныхъ, именно, вслѣдствіе промежуточнаго положенія судейскаго сословія между государствомъ, именемъ котораго оно дѣйствуетъ, и народомъ, во имя котораго оно дѣйствуетъ,—второй съѣздъ тѣмъ не менѣе ясно высказался въ прошломъ году противъ всякаго расширенія участія народнаго элемента въ отправленіи правосудія. Поневолѣ зарождалось опасеніе того, что, оторвавшись отъ симпатій широкихъ круговъ общества, которыми было встрѣчено нарожденіе этихъ судейскихъ съѣздовъ, союзъ германскихъ судей выродится въ замкнутую узко-профессіональную организацію, совершенно неспособную разрѣшить назрѣвшую коллизію народнаго и профессіональнаго — судейнаго правосознанія Эти опасенія, къ счастью, не оправдались. Недавно происходившій съѣздъ еще разъ подчеркнулъ значеніе этого союза судей. Онъ сразу взялся за обѣ грани правосудія: первый вопросъ былъ о томъ, «какъ устранить главныя жалобы народа на гражданскій процессъ?» Уже самая постановка вопроса показывала, что судейское сословіе признаетъ справедливость этихъ жалобъ; причины ихъ оно усматривало въ медленности и громоздкости производства, а также и въ ложныхъ рѣшеніяхъ. Съѣздъ призналъ, что существуетъ различіе между правовыми притязаніями неспорными и спорными, т.-е. такими, гдѣ неисполненіе чьего-либо права проистекаетъ изъ нежеланія или невозможности удовлетворенія его, или—изъ оспариванья самаго права. Въ соотвѣтствіи съ этимъ различіемъ съѣздъ и намѣтилъ цѣлыхъ двѣ системы мѣръ для улучшенія положенія, при чемъ знаменательно отмѣтить, что при этомъ онъ, оставивъ предѣлы судебной залы и, не замыкаясь въ рамки только процессуальныхъ измѣненій, широко памѣтилъ планы и средства къ освѣдомленію населенія о его правахъ, исключающему самую необходимость обращаться постоянно въ судъ. Судейское сословіе понимаетъ, что часто лучшая гарантія защиты правъ заключается въ обхожденіи гражданъ безъ суда!

Вторая тема—изъ уголовной области («судья и борьба съ преступленіемъ въ новомъ уголовномъ правѣ») показала, какъ справедливо указываетъ одинъ авторъ, насколько измѣнились воззрѣнія за послѣднее время: связь между судейской дѣятельностью и борьбой съ преступленіемъ мыслима не при существованіи нынѣшняго уголовнаго права, почти устраняющаго творчество судьи, сводящаго его работу къ почти механическому вынесенію рѣшеній. Она мыслима лишь тогда, когда ему дается возможность при примѣненіи закона и мѣры наказанія, сообразоваться съ индивидуальностью преступника и его мотиваціи. Лишь тогда онъ дѣ-

Digitized by Google

лается творческимъ и отвѣтственнымъ участникомъ процесса еще болѣе важнаго, чѣмъ самый судъ: процесса борьбы съ преступленіемъ.—Докладъ читалъ профессоръ Румпфъ, одинъ изъ борцовъ движенія свободнаго права, и его положенія были приняты безъ обсужденія. Онъ исходилъ изъ того, что то ограниченіе свободы уголовнаго судьи, которое создало правовое государство теперь, при широкой защитѣ правъ гражданъ излишне и вредно для нихъ же, поэтому необходимо созданіе эластичныхъ уголовныхъ законовъ, которые, обезпечивая свободу гражданъ, въ то же время облегчали бы судьѣ правдивое фактическое установленіе и юридическую оцѣнку факта: для этого должны быть болѣе широкіе предѣлы наказанія, долженъ быть данъ выборъ видовъ наказанія, а иногда и право освобождать отъ наказанія. Должны быть приняты во вниманіе слова подсудимаго о томъ, что онъ не зналъ недозволенности дѣйствія, объ ошибкѣ его въ пониманіи закона. При опасеніи рецидива судья долженъ дѣлать преступнику опредѣленныя указанія, которыя бы удерживали его въ жизни отъ повторенія. Можно и, пожалуй, должно спорить со многими изъ этихъ положеній, но нельзя отказать имъ въ большой чуткости къ проблемамъ жизни. Такимъ образомъ пока можно сдѣлать слѣдующій выводъ: германскіе судьи признаютъ правильность жалобъ на существо и содержаніе отправляемаго ими правосудія, но пытаются еще охранять свою организаціонную самостоятельность отъ вторженія народнаго элемента. Надо думать, что это противорѣчіе, отчасти вытекающее изъ профессіональной психологіи и высокой оцѣнки важности своей дѣятельности будетъ, наконецъ, ими преодолѣно.

Долженъ быть отмѣченъ вниманіемъ принятый 29 іюля 1913 года законъ о возмѣщеніи расходовъ шеффенамъ и присяжнымъ. Онъ даетъ возможность привлечь всѣ слои народа къ отправленію правосудія. Отказываться отъ него нельзя, чтобы не создавать разслоенія имущихъ отъ неимущихъ въ средѣ судей. Тѣмъ самымъ дается основа для демократизаціи суда въ уголовномъ процессѣ. Установленіе цифры суточныхъ и прогонныхъ предоставлено Союзному Совѣту. Онъ, съ своей стороны, установилъ суточные въ размѣрѣ 5 марокъ, а расходы на ночную квартиру—въ 3 марки. Интересное нововведеніе сдѣлано Баваріей она издала постановленіе, что шеффенамъ и присяжнымъ должно быть вручено письменное руководство, которое въ самой краткой формѣ выясняетъ имъ ихъ права и обязанности, а также сообщаетъ о строѣ судебной организаціи и ходѣ процесса.

Digitized by Google

Соціальное законодательство сдѣлало въ нынѣшнемъ году новые шаги. Опубликованъ проектъ прусскаго жилищнаго закона; цѣль его—защита населенія, занимающаго маленькія квартиры, содѣйствіе созданію безупречныхъ въ гигіеническомъ, соціальномъ и нравственномъ отношеніяхъ квартиръ, сведеніе квартирной платы къ допустимымъ предѣламъ. Средствомъ для проведенія въ жизнь новыхъ началъ предполагается, на ряду съ нормами, касающимися собственно строительныхъ условій, планомѣрная борьба съ существующими переполненными и плохими квартирами. Въ такомъ видѣ стройной системы законодательнаго упорядоченія вопіющей городской жилищной нужды—проектъ этотъ является новинкой въ области соціальнаго законодательства, и съ любопытствомъ можно ожидать дальнѣйшей судьбы его.

Еще болѣе обѣщающимъ является другой законопроектъ, выработанный германскимъ правительствомъ и нынѣ предложенный вниманію общественнаго мнѣнія. Мы говоримъ о законопроектѣ о театрѣ. Первыя попытки вплотную подойти къ вопросу о судьбѣ истинныхъ пасынковъ и жизни, и законодательнаго творчества — тружениковъ сцены, предпринимались еще въ 1895 году соціалъ-демократами въ Рейхстагѣ, но, не поддержанныя сочувственнымъ вниманіемъ артистической среды, не доросшей еще до пониманія значенія соціальной политики и полагавшейся на мирное соглашеніе съ союзомъ антрепренеровъ, онѣ не получили движенія. Лишь въ 1908 году, послѣ окончательнаго разрыва союзовъ хозяевъ и артистовъ, послѣдніе обратили свои взоры на парламентъ, и здѣсь еще разъ можно убѣдиться въ томъ, какъ лишь подъ давленіемъ рѣзко формулированныхъ требованій класса тружениковъ, рейхстагъ счелъ нужнымъ стать на защиту ихъ труда.

Благодаря постоянно разлитому въ обществѣ чувству симпатіи къ дѣятелямъ сцены правительство не замедлило и выработать соотвѣтствующій законопроектъ. Проектъ предусматриваетъ, въ первой своей части, условія выдачи разрѣшенія на театральное предпріятіе. Среди многихъ другихъ одно является наиболѣе важнымъ: предприниматель долженъ дать администраціи въ залогъ такую сумму денегъ, которая бы безусловно обезпечивала жалованье артистовъ. Критика указываетъ на то, что, правда, артисты были бы въ такомъ случаѣ обезпечены, но что, съ другой стороны, это будетъ подъ силу лишь крупному — капиталистическому предпріятію. А это поведетъ, съ одной стороны, къ пониженію художественнаго значенія театра и удорожанію цѣнъ на мѣста для публики; съ другой же стороны, уменьшеніе числа театровъ сможетъ повести къ усиленію безработицы артистовъ, предложеніе которыхъ всегда превышаетъ спросъ на нихъ.

Digitized by Google

Но привѣтствовать зато слѣдуетъ распространеніе на директоровъ театровъ обязанности заботиться о порядкѣ и безопасности театральныхъ помѣщеній, — чтобы устранить опасность для жизни и здоровья артистовъ. — Вторая часть проекта регулируетъ условія договора между дирекціями театровъ и дѣятелями сцены и оркестра (сюда же относятся и труженики цирка и театровъ-варьетэ). Ограничено значеніе, такъ называемаго, «пробнаго мѣсяца»; директоръ не можетъ односторонне расторгать договоръ, связывающій артиста на годъ: сроки предувѣдомленій равны для обѣихъ сторонъ. Однако неодинаковость положенія обѣихъ сторонъ въ договорѣ при равныхъ формальныхъ условіяхъ, но далеко не равныхъ соціальныхъ, вытекаетъ изъ слѣдующаго пункта: и тотъ и другой имѣютъ право по открытіи сезона расторгать договоръ или предложить новый съ меньшимъ жалованьемъ (это — директоръ); но понятно, что для второго это менѣе фактически возможно, ибо при существующихъ условіяхъ предложенія труда въ этой области директоръ имѣетъ, конечно, больше шансовъ, чѣмъ артистъ заключить новый и выгодный договоръ (особенно это вѣрно для, такъ называемыхъ, играющихъ вторыя роли).

Предварительныя пробы даютъ артисту право на половину дневного жалованья, въ то время какъ до сихъ поръ они должны были задолго до начала дѣйствительной службы много трудиться на этихъ пробахъ безплатно. Дальнѣйшее сокращеніе злоупотребленій институтомъ пробы заключается въ томъ, что послѣ вечерняго представленія артистъ можетъ отклонять пробу. Если артистъ по независящему отъ него обстоятельству не работаетъ, то все же ему платится жалованье: если договоръ заключенъ на время свыше пяти мѣсяцевъ, то въ теченіе шести мѣсяцевъ, при менѣе долгихъ договорахъ — не менѣе одного мѣсяца. То же и при беременности замужнихъ артистокъ. — Въ вопросѣ о костюмахъ такомъ жизненно важномъ и съ моральной, и съ правовой точки зрѣнія для артистки, проектъ даетъ слѣдующую статью: «Руководитель театральнаго предпріятія долженъ давать артисту необходимые для представленія костюмы, за исключеніемъ тѣхъ, которые безъ значительнаго измѣненія могутъ быть носимы и внѣ сцены. Эта обязанность не можетъ быть исключена или ограничена договоромъ, кромѣ случая, когда артистъ приглашенъ для единичнаго выступленія». Артистки признали такое рѣшеніе вопроса неудовлетворительнымъ, такъ какъ оно не обязываетъ дирекцію къ выдачѣ современныхъ туалетовъ. Съ другой стороны, однако, рѣшеніе этого вопроса представляетъ большія трудности, и найти изъ него выходъ суждено лишь будущему. Эта статья уже хороша

Digitized by Google

тѣмъ, что устраняетъ самыя обычныя худшія злоупотребленія въ этой области. — Денежные штрафы, которые столь обычны въ этой средѣ, остаются, но съ тѣмъ, чтобы они шли не въ кассу директора, а организаціи артистовъ. — Нельзя назвать счастливымъ тотъ выходъ, который проектъ далъ для защиты артиста отъ положенія, при которомъ дирекція сознательно его затираетъ: ему дается право расторгнуть договоръ безъ предувѣдомленія. Но, не говоря уже о томъ, что можетъ быть именно это и желательно было дирекціи въ данномъ случаѣ, артистъ не съумѣетъ этого сдѣлать, потому что въ серединѣ сезона онъ не достанетъ мѣста.

Таковъ проектъ; нуждаясь въ поправкахъ, онъ тѣмъ не менѣе кладетъ предѣлъ произволу въ той области искусства, гдѣ быть можетъ больше, чѣмъ въ другой, нужны просторъ человѣческаго духа и независимость матеріальнаго положенія для свободной игры творческихъ силъ. Дальнѣйшее зависитъ отъ борьбы артистовъ за свои права, за охраненіе ими же достоинствъ своего сословія. Таковы, очевидно, вездѣ и всегда предпосылки всякой удачи въ борьбѣ за вниманіе соціальнаго законодательства и потому, въ неустанно прогрессирующемъ ростѣ общественнаго самосознанія трудящихся классовъ, нетрудно усмотрѣть и лучшія доказательства будущаго расцвѣта соціальной политики.

Юридическій міръ понесъ за это время немало потерь. Скончались два крупныхъ представителя международнаго и уголовнаго права Ульманъ и Баръ. Первый былъ представителемъ «союза для международнаго соглашенія», основавшагося недавно; Баръ, знаменитый членъ Institut de droit international, долженъ былъ занять его мѣсто. Онъ былъ основателемъ нѣмецкой школы дисциплины «интернаціональнаго гражданскаго и уголовнаго права», и послѣдняя его работа была посвящена «интернаціональному торговому праву». Но онъ былъ также и славнымъ представителемъ науки уголовнаго права. Совсѣмъ недавно онъ выпустилъ поистинѣ сокровищницу ученій общей части уголовнаго права: «Gesetz und Schuld im Strafrecht», въ которой онъ отдалъ дань пониманія и сочувствія послѣднимъ завоеваніямъ уголовно-правовой мысли.

Наука гражданскаго процесса лишилась одного изъ своихъ самыхъ выдающихся представителей Гелльвига. Потеря эта тѣмъ болѣе тяжела, что смерть застала Гелльвига въ не старомъ для нѣмецкаго ученаго возрастѣ — онъ умеръ 57 лѣтъ отъ роду — и въ полномъ расцвѣтѣ творческихъ силъ.

Digitized by Google

Дисциплина гражданскаго права понесла уронъ въ лицѣ скончавшагося Іосифа Унгера, 85 лѣтъ, величайшаго австрійскаго юриста, еще въ прошломъ году горячо и молодо привѣтствовавшаго съѣздъ юристовъ въ Вѣнѣ. Вооруженный желѣзной систематичностью ума и тончайшей діалектикой школы Савиньи, онъ подошелъ къ разсыпанной храминѣ австрійскаго права и своей «системой общаго австрійскаго гражданскаго права» внесъ въ нее стройность современной науки, сблизилъ ее съ нѣмецкой наукой и изъ устарѣвшихъ, окаменѣвшихъ статей гражданскаго кодекса сумѣлъ выбить свѣжую воду отвѣтовъ на многіе вопросы современности. Онъ, по свидѣтельству бывшаго министра юстиціи Клейна, не только писалъ труды, но и основалъ современную австрійскую науку права, придавъ ей элементы историческіе и философскіе. Однако, великое соціальное дыханіе, обвѣвающее нынѣ всѣ области гражданскаго права, ему было чуждо: формальная виртуозность и глубина формальной логики права еще не обезпечиваютъ внутренней правды его содержанія!

Зато другой крупный юристъ, стоявшій во главѣ дисциплины издавна какъ будто разсчитанной на угнетеніе человѣка человѣкомъ, сумѣлъ своей дѣятельностью сочетать формальное право съ жизненной правдой. Наканунѣ реформы уголовнаго права, которая такъ ревностно открываетъ новые пути для примѣненія наказанія «лишенія свободы, а также мѣръ обороны и исправленія» — умеръ неустанный борецъ за нихъ, за реформу Карлъ Кроне. Занимая высшій постъ въ тюремномъ вѣдомствѣ Германіи, онъ въ то же время выдѣлялся своими взглядами на борьбу съ преступленіемъ. Не идея возмездія, а идея «спасенія отъ нравственнаго и соціальнаго паденія» была для него смысломъ наказанія. И, стоя въ самомъ центрѣ традиціонной карательной системы, онъ старался влить новое содержаніе и живой духъ въ обычную систему наказанія. Онъ содѣйствовалъ тому, что наука тюрьмовѣдѣнія заняла подобающее ей мѣсто въ системѣ уголовныхъ наукъ и что все больше развилось сознаніе того, что до тѣхъ поръ не наступитъ поворота въ отправленіи правосудія, пока не будетъ понято, что одинаковое вниманіе должно быть удѣлено не только вынесенію рѣшеній, но и ихъ исполненію.

И. З. Штейнбергъ.

Digitized by Google

ОТЪ РЕДАКЦІИ.

Помѣщаемый журналъ Губ. Землеустроительной Комиссіи служитъ хорошей иллюстраціей къ производству дѣлъ по землеустройству, начавшемуся еще до изданія Полож. о землеустройствѣ 29 мая 1911 года. Вмѣстѣ съ тѣмъ это постановленіе наглядно указываетъ тѣ затрудненія, которыя вытекаютъ изъ *частичнаго* разверстанія общинныхъ земель, допускаемаго нашимъ аграрнымъ законодательствомъ, но неизвѣстномъ иностранному (германскому, австрійскому и т. д.) праву.

ЖУРНАЛЪ

Херсонской Губернской Землеустроительной Комиссіи 1911 г. Сентября 24 дня, Херсонская Губернская Землеустроительная Комиссія въ составѣ: предсѣдателя, Губернскаго Предводителя Дворянства, Предсѣдателя Херсонской Губернской Земской Управы, Непремѣннаго Члена Губернской Землеустроительной Комиссіи, Управляющаго Казенной Палатой, Управляющаго Отдѣленіями Крестьянскаго и Дворянскаго Банка, Члена Окружного Суда, Непремѣннаго Члена Губернскаго Присутствія, Управляющаго Удѣльнымъ Округомъ, Членовъ избранныхъ Губернскимъ Земскимъ Собраніемъ при Секретарѣ: — Слушали дѣло по выдѣлу въ обязательномъ порядкѣ 192 домохозяевамъ с. Панчево, Осипу Ткачеву, Ивану Рудю, Ивану Шевченко и др. надѣльной земли въ количествѣ 1435 десятинъ 854 с. Означенное дѣло было пересмотрѣно Елисаветградской Уѣздной Землеустроительной Комиссіей согласно постановленію Губернской Комиссіи отъ 25 іюня сего года, согласно коему былъ утвержденъ проектъ выдѣла въ части, касающейся участниковъ: въ 1 группѣ №№ по экспликаціи плана № 21 Ивану Ильичу Погребному, № 22 Федору Пантелееву Гриналовскому, № 27 Захарію Иванову Погребному, № 28 Степану Петрову Карпову, № 29 Тимофею Петровичу Карпову, № 30 Ивану Станиславову Войналовичу, № 33 Ксеніи Ефимовой Погребной, № 34 Ивану Осипову Гавриленко, № 35 Осипу Семенову Барнарю, № 62 Василію Прокофьеву Саинсусу, № 63 Петру Яковлевичу Саинсусу (по списку для 1 группы № № тѣ же.) Во 2 группѣ участниковъ № № по экспликаціи плана № 18 Василію Константинову Артамонову (по списку № 82 № 19 Григорію Павлову Агатьеву 1 по списку № 83) № 23 Тимофею Васильеву Чебаненко (по списку № 87) № 24 Гавріилу Яковлеву Татрову (по списку № 88).

По отношенію же выдѣла остальныхъ участковъ было предложено землеустроителю пересоставить проектъ, касающійся послѣднихъ участковъ по возможности сообразуясь съ настоящимъ расположеніемъ участковъ, находящихся въ фактическомъ пользованіи лицъ, ходатайствующихъ о выдѣлѣ, строго требуя представленія всѣхъ необходимыхъ документовъ на право

Digitized by Google

владѣнія выдѣленной землей и соблюдая во всемъ точность Правила о выдѣлахъ 19 іюня 1910 года, Уѣздной Комиссіи обратить вниманіе на необходимость при утвержденіи представленнаго проекта тщательно провѣрять документы.

При этомъ Губернская Комиссія нашла, что:

1) основное возраженіе уполномоченныхъ общества относительно неправильности отвода надѣла полностью въ размѣрѣ 5 десятинъ вмѣсто указываемыхъ обществомъ $4^3/_4$ десятинъ неосновательно, такъ какъ Уѣздная Комиссія должна была основываться при опредѣленіи правъ выдѣляющихся на землю на укрѣпительныхъ документахъ и обществу надлежало при укрѣпленіи этихъ земель оспаривать право укрѣпляющаго землю на укрѣпленіе надѣла полностью. Въ настоящее же время лишь общее разверстаніе надѣльной земли могло бы устранить предвидимую обществомъ недостачу для общинниковъ земли. Принять же при выдѣлахъ за основаніе указываемый обществомъ размѣръ надѣла Уѣздная Комиссія не могла, такъ какъ расчеты общества, хотя они и датируются съ 1898 года, игнорировались, очевидно, при укрѣпленіяхъ, долженствовавшихъ основываться на фактическомъ безспорномъ владѣніи землей.

2) Выдѣлъ выдѣляющихся участковъ въ 5 группахъ, а не въ одной, на неправильность чего указываютъ уполномоченные общества, не представляется недопустимымъ въ данномъ случаѣ, такъ какъ группы расположены по границамъ надѣльной земли и не создаютъ неудобствъ и препятствій для общества въ пользованіи послѣдней.

3) Указаніе уполномоченныхъ на неправильность участковъ выдѣляемыхъ и оставляемыхъ выдѣляющимися обществу, голословны и не опровергаютъ соображеній землеустроителя, основывающихся на протоколѣ оцѣнки о среднемъ количествѣ почвы въ отводимыхъ участкахъ и о равноцѣнности ихъ оставляемымъ, которые были распредѣлены въ пяти полосахъ.

Уѣздная Комиссія разсматривала въ открытомъ засѣданіи 25 іюля 1911 г. пересоставленный землеустроителемъ с. Панчево Непремѣннымъ Членомъ Елисаветградской Уѣздной Землеустроительной Комиссіи г. Чикаревскимъ проэктъ выдѣла надѣльной земли 192 домохозяевъ с. Панчево 1435 дес. 864 саж. и планъ выдѣляемыхъ участковъ, составленныхъ землемѣромъ Барановымъ.

Выдѣлъ Землеустроителемъ предложенъ на слѣдующихъ основаніяхъ: 1) выдѣлъ производится помимо согласія общества. 2) Количество земли, принадлежащей выдѣляющимся крестьянамъ согласно а) укрѣпительныхъ документовъ, выданныхъ Уѣзднымъ Съѣздомъ, б) купчихъ крѣпостей, в) исполнительныхъ листовъ подлежащихъ судебныхъ установленій, указано въ прилагаемой экспликаціи.

3) выдѣлъ полагаю произвести на слѣдующихъ основаніяхъ а) взамѣнъ черезполосныхъ участковъ пахотной и толочной земли удовлетворить выдѣляющихся отводомъ одного пахотнаго участка каждому въ единоличную собственность равнаго по площади съ участками черезполосными, согласно экспликаціи изъ надѣла Панчевскаго общества, отведеннаго по владѣнной записи с. Панчево дачи Генеральнаго межеванія, б) сохранить за каждымъ выдѣляющимся право пользованія слѣдующими угодьями: колодцами, сельскохозяйственными дорогами, глинищами, ставкомъ, пескомъ, каменоломнями, в) сохранить за каждымъ выдѣляющимся право пользованія доходами отъ базарной площади разночинцевъ и вообще разнаго рода доходными статьями наравнѣ со всѣми крестьянами Панчевскаго общества.

Digitized by Google

Елисаветградская Комиссія, соглашаясь съ проектомъ землеустроителя и принимая во вниманіе 1), что основное возраженіе уполномоченныхъ общества относительно неправильности отвода надѣла полностью въ размѣрѣ 5 десятинъ вмѣсто указываемыхъ обществомъ $4^3/_4$ десятины неосновательно, такъ какъ Уѣздная Комиссія должна была основываться при укрѣпленіи правъ выдѣляющихся на землю на укрѣпленныхъ документахъ и обществу надлежало при укрѣпленіи этихъ земель оспаривать право укрѣпляющаго землю на укрѣпленіе надѣла полностью, 2) что выдѣлъ выдѣляющимся участковъ въ 5 группахъ, а не въ одной, неправильность чего указываютъ уполномоченные общества, не представляется недопустимымъ въ данномъ случаѣ, такъ какъ участки расположены по границамъ надѣльной земли и создаютъ неудобства и препятствія для общества въ пользованіи послѣдней. 3) что указанія уполномоченныхъ на неправильность участковъ выдѣляемыхъ и оставляемыхъ выдѣляющимися обществу голословны и не опровергаютъ соображеній землеустроителя, основывающихся на протоколѣ оцѣнки о среднемъ качествѣ почвы въ отводимыхъ участкахъ и о равноцѣнности ихъ оставляемымъ, которые были распредѣлены въ 5 полосахъ, 4) что по всѣмъ поданнымъ въ Комиссію жалобамъ составлены землеустроителемъ протоколы, на самыхъ жалобахъ, вполнѣ исчерпывающіе таковые, 5) что при утвержденіи проекта выдѣла со стороны выдѣляющихся и ихъ повѣренныхъ (уполномоченныхъ) никакихъ жалобъ не заявлено, 6) что проведенныя, согласно постановленія Уѣздной Комиссіи, дороги поступили въ общее выдѣляющихся и общества пользованіе, почему они должны быть отнесены къ разряду упоминаемыхъ въ постановленіи существующихъ дорогъ, и 7) что всѣ обоснованныя въ жалобѣ требованія уполномоченныхъ схода землеустроителемъ, какъ это видно изъ доклада дѣла, исполнены, почему Комиссія постановила: 1) проектъ выдѣла утвердить и на основаніи его отвести въ полную собственность выдѣляющихся взамѣнъ укрѣпленныхъ за ними по постановленію Уѣзднаго Съѣзда, пріобрѣтенныхъ по купчимъ крѣпостямъ и перешедшихъ по исполнительнымъ листамъ подлежащихъ установленій участковъ или угодій, слѣдующіе участки согласно экспликаціи.

Въ прилагаемой при семъ графѣ пятой показано количество земли подлежащей скидкѣ изъ общаго количества земли, принадлежащей каждому выдѣляющемуся.

Примѣчаніе. Эти участки отграничены въ натурѣ межевыми знаками, выдѣляющимся и обществу с. Панчево извѣстны и поступаютъ въ собственность выдѣляющихся въ томъ количествѣ десятинъ и квадратныхъ саженъ, какое въ нихъ окажется по провѣркѣ прилагаемаго плана Губернской Чертежной.

2) Обязать каждаго изъ выдѣляющихся содержать въ исправности пролегающія по выдѣляемой имъ землѣ дороги, ручьи, канавы и проч. съ тѣмъ, что въ случаѣ неисправности необходимыя исправленія будутъ сдѣланы обществомъ села Панчево за счетъ собственника участка.

3) Для пользованія выдѣляемыми участками предоставить каждому изъ выдѣляющихся право прохода и проѣзда всѣми ведущими къ означеннымъ участкамъ и въ предѣлахъ ихъ дорогами, какъ ранѣе существовавшими, такъ и вновь проведенными при выдѣлѣ и нанесенными на планъ его.

4) Сохранить за каждымъ изъ выдѣляющихся право участія въ слѣдующихъ угодіяхъ Панчевскаго сельскаго общества: колодцахъ, глинищахъ, ставкахъ, доходахъ отъ базарной площади разночинцевъ и вообще разнаго рода доходныхъ статьяхъ на равныхъ со всѣми членами общества основаніяхъ.

Digitized by Google

5) Обязать каждаго изъ выдѣляющихся нести совмѣстно съ Обществомъ села Панчево всѣ расходы, вызываемые поддержаніемъ въ исправности общественныхъ угодій (п. 4 сего), право пользованія которыми сохраняется за выдѣляющимися.

Открыть для общаго пользованія новыя дороги, согласно постановленія Комиссіи 2 августа 1910 г. и спроектированныя на планѣ.

На означенное постановленіе въ Губернскую Комиссію поступили жалобы 1) крестьянъ Петра Панкула и другихъ въ числѣ 23 человѣкъ, въ коей жалобщики указываютъ, что Уѣздная Комиссія, несмотря на приговоръ Панчевскаго сельскаго общества отъ 6—13 мая 1909 г. и 24 іюля с. г., коимъ общество соглашалось на отводъ отрубныхъ участковъ въ добровольномъ порядкѣ, произвела выдѣлъ въ обязательномъ порядкѣ, нарѣзавъ участки на лучшихъ поляхъ, оставивъ плохіе скупленные по дешевой цѣнѣ черезполосные участки выдѣляющихся жалобщикамъ, при чемъ отвела дорогу къ отрубамъ, проѣздъ, прогонъ скота по которымъ при Мартоношской межѣ наноситъ вредъ на общинныхъ поляхъ, почему жалобщики просятъ группу отрубовъ при Мартоношской межѣ отвести согласно приговору Панчевскаго о-ва и по расчету $4^3/_4$ дес. на надѣлъ.

2) Жалоба крестьянъ Максима Бонтарсина и другихъ, всего 20 человѣкъ, о томъ, что отводъ Федору Голенко отрубного участка въ намѣченномъ мѣстѣ представляетъ слѣдующія неудобства. Голенко отведена лучшая земля полностью 5 дес. на надѣлъ, въ то время какъ въ натурѣ размѣръ надѣла $4^3/_4$ дес. Отведенный участокъ врѣзывается на общинную землю и закрываетъ проѣздъ къ левадамъ. Жалобщики просятъ постановленіе Уѣздной Комиссіи по отношенію къ отводу отрубного участка Голенко отмѣнить, отвести таковой въ мѣстѣ, указываемомъ приговоромъ общества 7 марта 1910 г., въ размѣрѣ $4^3/_4$ дес. на надѣлъ.

3) Жалоба уполномоченнаго отъ Панчевскаго сельскаго общества Антона Яковицкаго и Петра Панкула на постановленіе Уѣздной Комиссіи отъ 29 іюля с. г., въ коей жалобщики указываютъ, что отводъ отрубныхъ участковъ въ 6 группахъ причиняетъ вредъ крестьянамъ, оставшимся въ черезполосномъ владѣніи, что отводится земля по расчету 5 дес. на надѣлъ, а въ натурѣ имѣетъ всего $4^3/_4$ дес. Крестьяне же не могли оспаривать это при укрѣпленіи земли, въ виду давленія мѣстнаго начальства и административнаго распоряженія Земскаго Начальника, отъ чего и произошли упущенія, что въ отведенныхъ участкахъ не сдѣлано правильныхъ вычетовъ земель, находящихся подъ усадьбами и левадами выдѣляющихся, при чемъ многіе надѣлы отведены полностью, что отводились отрубные участки, не принимая во вниманіе того, что многіе выдѣляющіеся скупали плохія полосы по деше- вой цѣнѣ, что оцѣнка произведена не компетентными лицами и подъ давленіемъ Волостного Старшины, что выдѣляющіеся выбрали себѣ лучшія земли, оставляя обществу всѣ овраги, рытвины и пр.; что Уѣздная Комиссія незаконно утвердила отводъ отрубовъ тѣмъ домохозяевамъ, которые получили на своихъ женъ и дѣтей, въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже получили нѣкоторые домохозяева въ двухъ мѣстахъ отрубные участки, а въ третьемъ усадебную землю, что противозаконно и противъ циркуляра Министра Внутреннихъ Дѣлъ отъ 14 апрѣля 19 года, что незаконны дѣйствія землеустроителя и постановленіе Елисаветградской комиссіи о предоставленіи фактическаго пользованія отведенными участками. Въ виду вышеизложеннаго просители просятъ отмѣнить постановленіе Уѣздной Комиссіи и разрѣшить произвести выдѣлъ

Digitized by Google

согласно приговорамъ общества отъ 6—13 мая 1909 г. и 24 іюля 1911 г. въ добровольномъ порядкѣ.

4) Прошеніе Кирилла Галушко о томъ, чтобы выдѣленные по постановленію Елисаветградской Уѣздной Комиссіи $7^1/_2$ десятинъ отцу просителя Степану Галушко были выдѣлены на его имя согласно рѣшенію суда, своевременно же онъ не могъ представить соотвѣтствующаго документа въ Губернскую Комиссію; какъ документальное доказательство основательности своей просьбы, онъ представилъ протоколъ Панчевскаго сельскаго старосты отъ 15 августа с. г., въ коемъ послѣдній, на основаніи приговора Панчевскаго вол. суда отъ 25 мая 1909 г. за № 356 и согласно раздѣльному акту отъ 13 сентября 1908 г. № 406, привелъ приговоръ суда въ исполненіе, вручивъ Кириллу Степанову Галушко въ полное распоряженіе и всегдашнее владѣніе опредѣленные отцомъ Степаномъ Савельевымъ Галушко $7^1/_2$ десятинъ пахотной земли, обязавъ Кирилла содержать на всемъ своемъ иждивеніи его отца и мать до ихъ смерти.

Кромѣ того поступили прошенія выдѣляющихся Дмитрія Карпова и др., просящія оставить жалобу уполномоченныхъ общества безъ послѣдствій, при чемъ они прилагаютъ удостовѣреніе Панчевскаго старосты отъ 12 августа 1911 г. № 1039, что въ настоящее время уполномоченнаго общества роздано по $4^3/_4$ дес. на надѣлъ, но раздача произведена неправильно, такъ какъ во многихъ клѣткахъ есть лишняя земля и неправильно произведены вычеты за левады; при правильной раздачѣ, по мнѣнію старосты, общинники получатъ полностью 5 десятинъ на надѣлъ.

Въ засѣданіе комиссіи никто не явился; принимая во вниманіе, что объявленіе о назначеніи настоящаго дѣла къ слушанію сторонами получено заблаговременно (22-го сентября), Губернская комиссія, обсудивъ вышеизложенное, находитъ, что указанія въ жалобахъ уполномоченныхъ Антона Яковицкаго и Петра Панкула не заслуживаютъ уваженія, такъ какъ земля отводится по расчету 5 дес. на надѣлъ, согласно укрѣпленныхъ документовъ, утвержденныхъ уѣзднымъ съѣздомъ, что вычетъ на усадьбы не могъ быть сдѣланъ изъ полевыхъ участковъ, такъ какъ таковые укрѣплены по 5 дес. каждый, за исключеніемъ усадебныхъ участковъ, что оцѣнка земли произведена землеустроителемъ въ присутствіи уполномоченныхъ общества, уполномоченныхъ отъ выдѣляющихся и постороннихъ добросовѣстныхъ. Землеустроителемъ съ посторонними добросовѣстными признано, что отводимая въ 5 мѣстахъ для отрубовъ земля относится къ разряду средней по качеству и что отводимая по утвержденному Уѣздной Комиссіей проекту земля является обыкновенной пашней, а не какимъ-либо цѣннымъ угодіемъ, а потому и сможетъ быть выдѣлена въ отрубные участки безъ ущерба для общества.

Жалоба крестьянина Кирилла Галушко на отводъ земли въ количествѣ $7^1/_2$ десят. его отцу Степану Галушкѣ, между тѣмъ какъ эта земля будто бы была присуждена ему волостнымъ судомъ, не заслуживаетъ уваженія, такъ какъ рѣшенія волостного суда не представлено, а представленный имъ протоколъ сельскаго старосты о приведеніи въ исполненіе рѣшенія волостного суда, коимъ изъяты изъ владѣнія Степана Галушки $3^1/_2$ дес. земли, принятъ во вниманіе быть не можетъ.

3) Всѣ остальныя жалобы также не заслуживаютъ уваженія, такъ какъ группы выдѣляющихся расположены по границамъ надѣльной земли и не создаютъ неудобства и препятствій для общества въ пользованіи послѣдней.

Digitized by Google

Въ виду вышеизложеннаго Губернская Комиссія опредѣляетъ: жалобы уполномоченныхъ общества крестьянъ с. Панчево Антона Яковицкаго и Петра Панкула, а также крестьянъ Кирилла Галушко и другихъ оставить безъ послѣдствій, проектный планъ выдѣла утвердить и на основаніи его отвести въ полную собственность выдѣляющихся взамѣнъ укрѣпленныхъ за ними по постановленію Уѣзднаго Съѣзда пріобрѣтенныхъ по купчимъ крѣпостнымъ и перешедшихъ по исполнительнымъ листамъ подлежащихъ установленій участковъ или угодій слѣдующіе участки, согласно приводимой ниже таблицы и прилагаемаго плана: 1056 десятинъ 1549 саж., 28 дес. 2205 кв. саж. неудобной земли, а всего 1435 дес. 864 саж.

Всѣ эти участки отграничены въ натурѣ межевыми знаками, выдѣляющимся и обществу с. Панчево извѣстны и поступаютъ въ собственность выдѣляющихся въ томъ количествѣ десятинъ и квадратныхъ саж., № какое въ нихъ окажется по провѣркѣ прилагаемаго плана Губернской Чертежной. Обязать каждаго изъ выдѣляющихся содержать въ исправности пролегающіе по выдѣляемой имъ землѣ дороги, ручьи, канавы и пр., съ тѣмъ, что въ случаѣ неисправности необходимыя исправленія будутъ сдѣланы обществомъ с. Панчево за счетъ собственника участка.

Для пользованія выдѣляемыми участками предоставить каждому изъ выдѣляющихся право прохода и проѣзда всѣми ведущими къ означеннымъ участкамъ въ предѣлахъ ихъ дорогами, какъ ранѣе существовавшими, такъ и вновь проведенными при выдѣлѣ и нанесенными на планъ его.

Сохранить за каждымъ изъ выдѣляющихся право участія въ слѣдующихъ угодьяхъ Панчевскаго сельскаго общества: колодцахъ, глинищахъ, ставкахъ, доходахъ отъ базарной площади разночинцевъ и вообще разнаго рода доходныхъ статьяхъ, на равныхъ со всѣми членами общества основаніяхъ.

Обязать каждаго изъ выдѣляющихся нести совмѣстно съ обществомъ с. Панчево всѣ расходы, вызываемые поддержаніемъ въ исправности общественныхъ угодій (п. 4 сего), право пользованія которыми сохраняется за выдѣляющимися. Открыть для общаго пользованія новыя дороги, согласно постановленія Комиссіи 2 августа 1910 г. и спроектированныя на планѣ.

Съ подлиннымъ вѣрно:

Врем. и. о. Секретаря (подпись неразборчива)

Digitized by Google

Литературное Обозрѣніе.

Г. Ф. Шершеневичъ. Общая теорія права. Вып. I. Москва, 1910. Вып. II. М. 1911. Вып. III. М. 1912. Вып. IV. М. 1912 (вышелъ въ апрѣлѣ 1913 г.). 805 стран. Изд. Бр. Башмаковыхъ. Цѣна всѣхъ четыр. вып. 6 р.

Съ выходомъ весною этого года посмертнаго четвертаго выпуска «Общей теоріи права» Г. Ф. Шершеневича мы имѣемъ теперь этотъ трудъ въ законченномъ видѣ[1]). Это можетъ служить хоть слабымъ утѣшеніемъ въ безграничной печали по поводу преждевременной смерти Г. Ф. Шершеневича, помѣшавшей ему довести до конца выполненіе своихъ научныхъ плановъ. Трудъ этотъ Г. Ф. Шершеневичъ дописывалъ уже тяжело больной и безповоротно обреченный на близкую смерть; ему были посвящены его послѣднія предсмертныя думы. Но если, благодаря этому, лежащая передъ нами книга, была закончена сама по себѣ, то въ то же время она составляетъ часть незаконченнаго цѣлаго. «Общая теорія права» по плану Г. Ф. Шершеневича должна была составить первый томъ его «Философіи права»; на ряду съ этой «теоретической частью» философіи права, второй томъ долженъ былъ заключать въ себѣ историческую часть ея, а третій — авторъ предполагалъ посвятить практической философіи или «Политикѣ права». Смерть помѣшала Г. Ф. Шершеневичу переработать для включенія въ этотъ обширный трудъ его «Исторію философіи права», второе изданіе которой, вышедшее въ 1907 году, уже нѣсколько лѣтъ является библіографической рѣдкостью. Но больше всего приходится жалѣть о томъ, что осталась ненаписанной «Политика права» Г. Ф. Шершеневича: при бѣдности литературы по этому вопросу потеря эта совершенно невознаградима, тѣмъ болѣе, что, зная Г. Ф. Шершеневича и его способъ

[1]) Нельзя не указать на то, что издатели этого выпуска не исполнили долга уваженія къ покойному ученому; внѣшній видъ его ничѣмъ не обнаруживаетъ его посмертный выходъ. Почему-то сочтено было нужнымъ вводить читателей въ заблужденіе фальшивой датой.

Digitized by Google

обрабатывать отдѣльныя отрасли правовѣдѣнія, можно быть увѣреннымъ, что Г. Ф. Шершеневичъ не только далъ бы намъ сводку и систематическую обработку всего до сихъ поръ высказаннаго въ научной литературѣ по политикѣ права, что само по себѣ имѣло бы громадное значеніе, но и внесъ бы много своего какъ въ постановку самой проблемы политики права, такъ и въ рѣшеніе отдѣльныхъ ея вопросовъ.

«Философія права» Г. Ф. Шершеневича, первый томъ которой составляетъ «Общая теорія права», должна была, согласно съ высказывавшимся имъ въ личныхъ бесѣдахъ желаніемъ, придать его системѣ правовѣдѣнія болѣе цѣльный и законченный видъ. Этотъ первый томъ ея и является, отчасти, болѣе систематическимъ изложеніемъ того, что авторъ высказывалъ раньше; около половины его представляетъ даже перепечатку, впрочемъ, съ весьма цѣнными редакціонными измѣненіями и дополненіями, раньше напечатанныхъ работъ автора. Сюда вошли, прежде всего, изданныя Г. Ф. Шершеневичемъ въ Казани въ видѣ отдѣльныхъ брошюръ его сочиненія — «Опредѣленіе понятія о правѣ» (1896 г.), «О чувствѣ законности» (1897 г.) и «Задачи и методы гражданскаго правовѣдѣнія» (1898 г.), которыя были уже разъ переработаны въ первомъ выпускѣ его «Курса гражданскаго права» (1901 г.), оставшагося незаконченнымъ; а затѣмъ сюда же включены и его журнальныя статьи, изъ которыхъ особаго упоминанія заслуживаетъ его статья — «Примѣненіе нормъ права» (Журн. Мин. Юстиціи 1903 г., № 1). Но на ряду съ воспроизведеніемъ уже раньше опубликованнаго, мы находимъ въ «Общей теоріи права» Г. Ф. Шершеневича и много новаго, вызваннаго, главнымъ образомъ, необходимостью дать болѣе прочное обоснованіе и сообщить законченно систематическій видъ всѣмъ его научнымъ построеніямъ.

Среди новаго въ «Общей теоріи права» Г. Ф. Шершеневича прежде всего должны быть отмѣчены тѣ главы, въ которыхъ заключается обще-теоретическое и философское обоснованіе всей его научной системы. Къ нимъ относятся первыя три главы, посвященныя «Философіи права», «Человѣку и его потребностямъ» и «Обществу»; вмѣстѣ съ пятой главой, въ которой изслѣдуется вопросъ о «Государствѣ», эти главы составляютъ больше четверти всего разсматриваемаго нами сочиненія. Идеи Г. Ф. Шершеневича объ обществѣ и государствѣ, впервые изложенныя въ систематичномъ и разработанномъ видѣ въ его «Общей теоріи права» и въ вышедшей одновременно съ первымъ выпускомъ ея его популярной «Соціологіи» (1910 г., изд. Московскаго Общества народныхъ университетовъ), несомнѣнно заслуживаютъ обстоятельнаго и все-

Digitized by Google

сторонняго разсмотрѣнія и оцѣнки. Но именно потому мы не можемъ здѣсь останавливаться на нихъ. — Въ философіи Г. Ф. Шершеневичъ, какъ извѣстно, всецѣло примыкаетъ къ позитивизму, видя въ немъ единственно возможную въ научномъ отношеніи философскую систему. По его мнѣнію, «спеціальная задача философіи заключается въ объединеніи тѣхъ выводовъ, которые даются отдѣльными науками въ видахъ построенія цѣльнаго научнаго міросозерцанія». Признавая философію «высшей системой» эмпирически-научнаго знанія, онъ считаетъ нужнымъ, опираясь на это пониманіе ея, доказывать ошибочность другихъ направленій въ философіи, т.-е. метафизическаго и критическаго или неокантіанскаго. Впрочемъ, съ послѣднимъ онъ видитъ себя вынужденнымъ считаться только въ томъ его развѣтвленіи, которое представлено Виндельбандомъ и Риккертомъ. Напротивъ, о философскихъ идеяхъ марбургской школы онъ даже не упоминаетъ, несмотря на то, что въ русской научной литературѣ была сдѣлана попытка представить «Этику чистой воли» Г. Когена, какъ «выдающееся явленіе въ исторіи юридическихъ теорій» и велся споръ на эту тему. Если искать объясненія того, почему Г. Ф. Шершеневичъ, при его въ высшей степени внимательномъ и добросовѣстномъ отношеніи къ существующей литературной разработкѣ интересующихъ его вопросовъ, совершенно игнорируетъ Г. Когена, то это объясненіе можно найти только въ томъ обстоятельствѣ, что онъ не видѣлъ никакой связи между той сферой чисто деонтологическихъ идей, въ которой вращается «Этика» Г. Когена, и юридическими теоріями, долженствующими объяснять по преимуществу правовую дѣйствительность. Въ противоположность этому Г. Ф. Шершеневичу пришлось признать философскія построенія Виндельбанда и Риккерта заслуживающими интереса и для рѣшенія основныхъ проблемъ общей теоріи права, такъ какъ въ нихъ сдѣлана попытка путемъ постановки на первый планъ проблемы цѣнности дать систематическое обоснованіе практической философіи, имѣющей дѣло съ человѣческими цѣлями. Но самую эту попытку онъ безусловно отвергаетъ, ибо, по его словамъ, «исканіе абсолютной цѣнности должно разорвать всякую связь между философіей и жизнью и тѣмъ уничтожить практическую цѣнность» самой философіи. Это, однако, не мѣшаетъ Г. Ф. Шершеневичу признавать «необходимость объединить различныя цѣли, найти общій принципъ поведенія». Онъ даже утверждаетъ, что «отказываться далѣе отъ этой практической задачи — значитъ пренебречь настоятельными запросами переживаемой дѣйствительности. Современное правовѣдѣніе тоскуетъ по идеалу». Но тѣмъ рѣшительнѣе онъ настаиваетъ на томъ, что

Digitized by Google

«философія права приводитъ къ единству только цѣли, данныя опредѣленнымъ временемъ, — вѣчныя цѣли въ опытѣ не даны».

Относительно общихъ теоретическихъ взглядовъ Г. Ф. Шершеневича на право часто приходится слышать совершенно неправильное мнѣніе, будто бы они не самостоятельны и не оригинальны. Возникновеніе этого ошибочнаго мнѣнія объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что исходнымъ пунктомъ для разработки вопроса о существѣ права ему послужило наиболѣе распространенное воззрѣніе на право, согласно которому основнымъ признакомъ права является его принудительность. Но тотъ, кто изъ этого соображенія дѣлаетъ выводъ о неоригинальномъ характерѣ теоретическаго построенія Г. Ф. Шершеневича, имѣетъ неправильное представленіе о сущности новаго, создаваемаго творческой научной мыслью. Вѣдь, самостоятельность и оригинальность той или иной научной теоріи по большей части заключается въ ея разработкѣ, а не въ основной идеѣ ея, и это особенно подтверждается на примѣрѣ русскихъ ученыхъ, внесшихъ свой вкладъ въ общую теорію права. Такъ, С. А. Муромцевъ, создавшій у насъ соціальное ученіе о правѣ, несомнѣнно, заимствовалъ свою главную идею у Іеринга, но у Іеринга указаніе на соціальный характеръ права имѣло второстепенное значеніе такъ же, какъ и въ извѣстномъ изреченіи римскихъ юристовъ — ubi societas, ibi jus. Научная заслуга С. А. Муромцева въ томъ и заключается, что онъ, признавъ соціальный элементъ въ правѣ основнымъ, построилъ на этой идеѣ вполнѣ самостоятельную и оригинальную теорію права. Такъ же точно для всякаго освѣдомленнаго въ литературѣ по общей теоріи права не можетъ подлежать сомнѣнію, что Л. І. Петражицкій, принимаясь за разработку психологической теоріи права, слѣдовалъ указанію Цительмана, который въ своемъ изслѣдованіи — «Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung», вышедшемъ еще въ 1879 году, заявилъ: «теперь все больше и больше устанавливается общее убѣжденіе, что юриспруденція вообще не можетъ уклониться отъ психологіи». Въ томъ же сочиненіи Цительманъ посвящаетъ особый параграфъ проблемѣ «юридической каузальности», т.-е. другой идеѣ, на которой основана психологическая теорія права Л. І. Петражицкаго. Наконецъ, не подлежитъ сомнѣнію также вліяніе на Л. І. Петражицкаго и другихъ нѣмецкихъ ученыхъ, разрабатывавшихъ вопросы общей теоріи права, особенно Бирлинга, на зависимость отъ идей котораго психологической теоріи права Л. І. Петражицкаго указываетъ и Г. Ф. Шершеневичъ при оцѣнкѣ ея. Но, несмотря на все это, никто не станетъ отрицать самостоятельность и оригинальность

Digitized by Google

Л. І. Петражицкаго въ способѣ разработки психологической теоріи права [1]).

Ученіе Г. Ф. Шершеневича о существѣ права представляетъ также вполнѣ самостоятельное и оригинальное созданіе его творческой научной мысли, хотя въ немъ элементъ «выдумки» и теоретической изобрѣтательности менѣе бросается въ глаза, чѣмъ въ нѣкоторыхъ другихъ теоріяхъ права. Двѣ особенности придаютъ теоріи Г. Ф. Шершеневича совершенно своеобразныя черты. Первая изъ нихъ заключается въ томъ, что онъ придалъ принудительному характеру права чисто психологическое значеніе, такъ какъ, по его теоріи, основной признакъ правовыхъ нормъ — въ томъ, что онѣ осуществляются въ силу угрозы извѣстныхъ невыгодныхъ послѣдствій въ случаѣ ихъ несоблюденія. Правда, еще знаменитый баварскій криминалистъ начала прошлаго столѣтія А. Фейербахъ училъ, что право принуждаетъ, воздѣйствуя на психику человѣка. Но использовалъ эту идею для общей теоріи права и разработалъ ее для объясненія самаго существа права только Г. Ф. Шершеневичъ. Вторая оригинальная черта ученія Г. Ф. Шершеневича о существѣ права заключается въ той совершенно исключительной формально логической послѣдовательности, которую онъ придалъ всему своему ученію. Эта особенность научнаго мышленія Г. Ф. Шершеневича имѣетъ чрезвычайно важное значеніе, какъ показатель извѣстной стадіи въ нашемъ духовномъ развитіи, и на ней слѣдуетъ немного остановиться.

Когда-то, еще въ двадцатыхъ годахъ прошлаго столѣтія, Чаадаевъ, характеризуя въ своемъ первомъ «Философическомъ письмѣ» нашъ духовный обликъ, высказалъ мнѣніе, что «силлогизмъ Запада намъ неизвѣстенъ». Это сужденіе, замѣчательно вѣрное для своего времени, совершенно утратило свою силу въ наше время, т.-е. въ послѣднія два десятилѣтія. Въ самомъ дѣлѣ, на современной стадіи научнаго развитія той отраслью научнаго знанія, въ которой находятъ наиболѣе частое и даже постоянное примѣненіе формальная логика и силлогизмъ, является юриспруденція. А именно наши юристы, и среди нихъ въ первую очередь Г. Ф. Шершеневичъ, не устрашались въ послѣднія двадцать лѣтъ ни передъ какими выводами изъ разъ принятыхъ посылокъ. Логическая неустрашимость и составляетъ наиболѣе характерную черту общаго ученія о правѣ Г. Ф. Шершеневича. Такъ, признавъ, что къ нормамъ права принадлежатъ только тѣ нормы, которыя снабжены угрозой тѣхъ или

---

[1]) Ср. П. И. Новгородцевъ, Психологическая теорія права и философія естественнаго права. «Юридическій Вѣстникъ», 1913 г., кн. III, стран. 8.

Digitized by Google

иныхъ невыгодныхъ послѣдствій въ случаѣ ихъ несоблюденія, онъ затѣмъ не задумался исключить изъ области права большинство нормъ права конституціоннаго и почти всѣ нормы международнаго права. Во имя логической послѣдовательности Г. Ф. Шершеневичъ причисляетъ эти нормы, осуществленіе которыхъ не гарантировано никакой угрозой, къ разряду нормъ нравственныхъ, а не правовыхъ. Послѣ этого не требовалось уже особой смѣлости для того, чтобы, съ другой стороны, сдѣлать изъ разъ принятыхъ посылокъ логическіе выводы, еще болѣе противорѣчащіе правовой дѣйствительности. По этому пути и пошелъ Л. І. Петражицкій, который, признавъ, что право составляютъ извѣстнымъ образомъ окрашенныя психическія переживанія, пришелъ къ заключенію, что человѣкъ можетъ вступить въ правовую сдѣлку съ охотничьей собакой или даже съ чертомъ, или же что субъектами права могутъ быть и священные дубы, и заповѣдныя рощи. Г. Ф. Шершеневичъ правъ, когда онъ упрекаетъ Р. Іеринга и А. Меркеля въ логической непослѣдовательности, такъ какъ они, принявъ за исходную точку своихъ теоретическихъ построеній тотъ же взглядъ на существо права, какого придерживается и онъ самъ, не сдѣлали затѣмъ соотвѣтственныхъ выводовъ относительно конституціоннаго и международнаго права. Дѣйствительно, ни нѣмцы, ни французы за послѣднее полустолѣтіе не способны такъ безусловно преклоняться предъ силой силлогизма, какъ это дѣлаемъ мы съ недавнихъ поръ. Въ этомъ сказывается своеобразная полоса въ нашемъ культурномъ развитіи, которая должна быть еще изжита нами.

Что касается способа разработки отдѣльныхъ вопросовъ, входящихъ въ систему общей теоріи права, то въ книгѣ Г. Ф. Шершеневича особенно заслуживаетъ быть отмѣченной постановка вопросовъ объ источникахъ права и о субъективномъ правѣ. Своеобразное отношеніе Г. Ф. Шершеневича къ вопросу объ источникахъ права сказывается въ томъ, что онъ совсѣмъ отбрасываетъ самый терминъ «источники права» въ виду его многозначности. Подобно Тону, но не цитируя его, онъ указываетъ на четыре совершенно различныхъ значенія, которыя придаются выраженію «источники права». Поэтому онъ и предлагаетъ въ качествѣ спеціальнаго термина употреблять выраженіе не «источники», а «формы права». Но такую реформу врядъ ли можно признать правильной, такъ какъ она ведетъ не къ выработкѣ болѣе опредѣленныхъ и отчетливыхъ терминовъ, а лишь къ накопленію ихъ, и потому вмѣсто желательнаго результата она можетъ привести къ еще большей путаницѣ въ терминологіи и въ понятіяхъ. Гораздо правильнѣе было бы вскрыть историческія причины, вызвавшія воз-

Digitized by Google

никновеніе различныхъ смысловъ термина «источники права», тѣмъ болѣе, что они коренятся въ самомъ развитіи науки о правѣ, и затѣмъ, отбросивъ неправильныя значенія его, тѣмъ рѣшительнѣе отстаивать его подлинный смыслъ. Въ ученіи объ отдѣльныхъ источникахъ права Г. Ф. Шершеневичъ, согласно съ своимъ пониманіемъ существа права, конечно, очень ограничиваетъ роль обычая, на ряду же съ судебной практикой онъ выдвигаетъ и административный указъ въ качествѣ отдѣльнаго, хотя и подчиненнаго закону, источника права. Вопросъ о субъективномъ правѣ Г. Ф. Шершеневичъ разсматриваетъ въ главѣ, посвященной «Юридическому отношенію». Но онъ не считаетъ понятій «субъективнаго права» и «правоотношенія» совпадающими, такъ какъ указываетъ на существованіе на ряду съ частно-правовыми отношеніями и отношеній публично правовыхъ, а въ сферѣ публичнаго права онъ не признаетъ субъективныхъ правъ, а только обязанности. Самое ученіе о субъективномъ правѣ онъ излагаетъ послѣ ученія о субъектѣ и объектѣ права. При этомъ онъ рѣшительно возстаетъ противъ тѣхъ изъ современныхъ теоретиковъ права, которые стремятся вообще изгнать идею субъективнаго права изъ общаго ученія о правѣ.

Наконецъ, въ «Общей теоріи права» Г. Ф. Шершеневича есть отдѣлъ, который представляетъ совершенно исключительный по своему крупному значенію вкладъ въ науку. Благодаря ему трудъ Г. Ф. Шершеневича еще долго сохранитъ свое значеніе для спеціалистовъ-изслѣдователей. Мы имѣемъ въ виду послѣднюю главу его книги, посвященную вопросу о «Методологіи юридическихъ наукъ». Это методологическое изслѣдованіе въ существенныхъ своихъ чертахъ уже два раза было напечатано Г. Ф. Шершеневичемъ, сперва въ видѣ брошюры — «Задачи и методы гражданскаго правовѣдѣнія», а затѣмъ, какъ часть его, — «Курса гражданскаго права». Теперь оно подверглось лишь самой необходимой переработкѣ для включенія его въ общую теорію права. При крайней неразработанности методологіи юридическихъ наукъ изслѣдованіе Г. Ф. Шершеневича пріобрѣтаетъ громадную цѣнность. Интересно отмѣтить, что оно всецѣло коренится въ развитіи русской научной мысли и какъ бы является отвѣтомъ на споръ, который въ началѣ восьмидесятыхъ годовъ прошлаго столѣтія шелъ между С. А. Муромцевымъ, съ одной стороны, и С. В. Пахманомъ и А. Х. Гольмстеномъ — съ другой[1]). Главный

---

[1]) Ср. статью А. Э. Вормса о С. В. Пахманѣ. «Вѣстникъ права и нотаріата», 1910 г., № 52.

Digitized by Google

предметъ спора заключался тогда въ вопросѣ: является ли догматика права наукой, или нѣтъ? С. А. Муромцевъ, какъ послѣдовательный позитивистъ, непоколебимо увѣренный въ единствѣ научнаго метода, признавалъ научнымъ только соціологическое изученіе права и настаивалъ на томъ, что догматика права представляетъ изъ себя не науку, а искусство; его противники каждый по-своему защищали научный характеръ догматической юриспруденціи. Г. Ф. Шершеневичъ не примкнулъ ни къ той, ни къ другой сторонѣ, а извлекъ у каждой изъ нихъ наиболѣе важное и существенное. Оставаясь позитивистомъ, онъ рѣшительно становится на точку зрѣнія методологическаго плюрализма. При переработкѣ своего методологическаго изслѣдованія для «Общей теоріи права» онъ еще болѣе укрѣпляется на этой точкѣ зрѣнія, такъ какъ отчасти усваиваетъ классификацію наукъ Виндельбанда и Риккерта, которые дѣлятъ науки на естественныя и историческія; основываясь на этой классификаціи, онъ причисляетъ догматическое правовѣдѣніе къ наукамъ историческимъ. Для всесторонняго изслѣдованія права Г. Ф. Шершеневичъ признаетъ необходимымъ примѣнять четыре метода — догматическій, историческій, соціологическій и критическій. Наиболѣе полно и хорошо у него разработанъ вопросъ о методѣ догматической юриспруденціи, которую онъ считаетъ чисто описательной и классифицирующей наукой. На ряду съ догматическимъ изученіемъ права онъ признаетъ правомѣрнымъ существованіе не только историческаго, но и соціологическаго его изученія, для чего и выясняетъ своеобразіе каждаго изъ соотвѣтственныхъ методовъ изслѣдованія права. Наконецъ, какъ бы слѣдуя за Бентамомъ, онъ отстаиваетъ также необходимость «критической юриспруденціи». Для уясненія задачи критическаго метода въ юриспруденціи, а также для ознакомленія съ тѣмъ возвышеннымъ духомъ, которымъ проникнутъ весь трудъ Г. Ф. Шершеневича, мы позволимъ себѣ въ заключеніе привести его послѣдній отрывокъ.

«Правовѣдѣніе,— говоритъ онъ,— несомнѣнно, провинилось предъ обществомъ тѣмъ, что, порвавъ съ традиціями естественнаго права, пренебрегло своими задачами въ сферѣ критики и политики, и зато потеряло общественныя симпатіи. Возстановить его истинную высокую роль еще не поздно. И не въ догматикѣ должно происходить это обновленіе, не замѣною догматики соціологическими изслѣдованіями, не путемъ разныхъ пріемовъ свободнаго толкованія, а именно въ критикѣ существующаго, въ политикѣ долженствующаго. Тогда юриспруденція перестанетъ быть «служанкой законодателя», какъ внушалъ ей Виндшейдъ, а станетъ гласной совѣтницей законодателя, руководительницей всей соціальной

Digitized by Google

жизни, — пока не исчезнетъ потребность принудительнаго нормированія человѣческихъ отношеній».

Въ этихъ словахъ высказана наиболѣе существенная часть научнаго завѣщанія Г. Ф. Шершеневича.

Б. Кистяковскій.

Г. И. Ивановъ. Психологическая теорія права въ критической литературѣ. С.-Пб. 1913 г. 157 стран. Цѣна 90 коп.

Г. Ивановъ уже во второй разъ выступаетъ въ защиту теорій проф. Петражицкаго. Намъ неизвѣстно, какой характеръ носила его первая брошюра, вышедшая еще въ 1910 году, но та, которую онъ теперь предлагаетъ вниманію читателей, имѣетъ своей цѣлью окончательно уничтожить цѣлый рядъ критиковъ психологической теоріи права. Этому уничтоженію подвергаются слѣдующія лица: Б. А. Кистяковскій, проф. Шершеневичъ, прив.-доц. Кокошкинъ, прив.-доц. А. Рождественскій, В. Я. Гинцбергъ, В. Поппе и прив.-доц. А. Ященко; каждому изъ нихъ посвящается по особой главѣ.

При разборѣ разнообразныхъ вопросовъ, затронутыхъ критикой, г. Ивановъ продолжаетъ считать своимъ единственнымъ источникомъ и авторитетомъ извѣстные труды проф. Петражицкаго. Въ нихъ, какъ оказывается, уже заранѣе были предусмотрѣны всѣ «подлежащія нелѣпости» и заранѣе также были предрѣшены всѣ сомнѣнія и недоумѣнія критики, съ какой стороны она бы ни подходила къ психологической теоріи права. Такимъ образомъ, г. Иванову остается только повторить то, что писалъ учитель по адресу своихъ критиковъ еще до появленія ихъ критики, и онъ это дѣлаетъ съ успѣхомъ. При этихъ условіяхъ рецензентъ долженъ уже оставить на усмотрѣніе читателя рѣшеніе вопроса о томъ, поступаетъ ли такъ г. Ивановъ потому, что ученія проф. Петражицкаго составляютъ для него единственно истинное знаніе, или потому, что они просто — его единственное знаніе. Въ общемъ соображенія г. Иванова сводятся къ тому, что критики проф. Петражицкаго или не постигли его ученій или прямо ихъ исказили — иногда даже недобросовѣстно. Это доказывается «документально» — цитатами изъ его книгъ или путемъ изложенія соотвѣтственныхъ подлинныхъ ученій проф. Петражицкаго. Но оказывается, что непониманіемъ г. Ивановъ считаетъ всякое признаніе положеній и утвержденій проф. Петражицкаго произвольными и недоказанными — или несоотвѣтствующими тому, что юристы — и въ значительной степени самъ г. Петражицкій —

Digitized by Google

понимали и продолжаютъ понимать понынѣ подъ правомъ и подъ функціями права. Искаженіемъ же и приписываніемъ проф. Петражицкому того, о чемъ онъ не говоритъ, онъ считаетъ всякое освѣщеніе его ученій съ точки зрѣнія заложенныхъ въ нихъ тенденцій и вытекающихъ изъ нихъ послѣдствій, которыя, какъ это и понятно, не совпадаютъ съ тѣмъ, чему учитъ проф. Петражицкій, и что онъ хочетъ доказать. Поэтому, напр., онъ такъ возмущается указаніемъ на аналитическій и номиналистическій характеръ опредѣленій проф. Петражицкаго (и всего вообще его мышленія), когда цитатами можно показать, что ему извѣстна разница между аналитическими и синтетическими сужденіями и что у него имѣется нарочитое предостереженіе противъ смѣшенія понятій съ ихъ названіями. Въ такомъ духѣ ведется все опроверженіе противниковъ, которое изобилуетъ къ тому же разнообразными, стилизованными въ духѣ проф. Петражицкаго экзорцизмами. Вообще вся манера полемики г. Иванова и нетерпимый ея тонъ скопированы до мелочей. Этотъ тонъ особенно непріятно поражаетъ по отношенію къ проф. Шершеневичу, какъ къ ушедшему изъ числа живыхъ противнику,

Полемизировать по существу съ г. Ивановымъ и съ другими, увѣровавшими въ истины проф. Петражицкаго, было бы безполезно: они забронированы отъ всякой критики и вообще отъ всякихъ мыслей, не соотвѣтствующихъ тому, чему ихъ учили, гипнозомъ отъ внушеннаго имъ ограниченнаго круга идей. Эта умственная замороженность вообще предохраняетъ адептовъ «новаго ученія» отъ вліянія всякихъ иныхъ мыслей въ такой же мѣрѣ, въ какой творца этого ученія предохраняетъ отъ подобнаго же вліянія его замѣчательная и исключительно сильная индивидуальность. Впрочемъ, замѣтка эта и не пишется для нихъ. Для насъ же брошюра г. Иванова любопытна, какъ показатель того, что въ психологической теоріи права и въ ея заразительности мы имѣемъ предъ собой классическій образецъ самообольщенія и идейнаго вліянія натуралистическаго мышленія.

Это мышленіе всегда находило и будетъ находить благодарную почву, потому что оно строитъ свои теоріи на весьма простыхъ, наивно-реалистическихъ данныхъ (въ нашемъ случаѣ—психологическаго характера), и этимъ путемъ сразу завоевываетъ умы, особенно молодые умы, своей кажущейся неопровержимой ясностью. Нѣтъ сомнѣнія, что тотъ интроспективный психологическій методъ, которымъ пользуется проф. Петражицкій и который онъ проповѣдуетъ, равно какъ и вытекающее изъ его примѣненія сведеніе всѣхъ идейныхъ величинъ къ формамъ ихъ проявленія въ непосредственныхъ переживаніяхъ, есть не что иное, какъ особый видъ

Digitized by Google

наивнаго реализма. Намъ кажется, что въ этомъ и кроется причина заразительности ученій проф. Петражицкаго. Утверждая это, мы, конечно, опять даемъ возможность г. Иванову «документально» доказать, что это искаженіе, потому что проф. Петражицкій самъ всегда борется съ наивнымъ реализмомъ.

Натуралистическое мышленіе особенно легко одерживаетъ побѣды въ пору зарожденія новыхъ проблемъ и въ пору усиленныхъ исканій къ разрѣшенію старыхъ вопросовъ. Оно является тогда для многихъ какъ бы якоремъ спасенія — и даже благовѣстомъ освобожденія отъ всякихъ умственныхъ затрудненій. Къ тому же талантливые, иногда вдохновенные, иниціаторы этихъ «освобожденій» умѣютъ иногда передъ изумленнымъ наивнымъ взоромъ превращать письмена своихъ ученій, зачастую начертанныя на водѣ, въ огненныя буквы единой спасительной истины, свѣтящей во мракѣ. Это тѣмъ болѣе имъ удавалось и удается, что въ наивно-реалистическомъ мышленіи всегда сочетались лепетъ первыхъ словъ въ познаніи — съ чаяніемъ его послѣднихъ достиженій. Въ наукѣ права мы видимъ теперь нѣчто подобное. Юристы очень долго не осмысливали общихъ принциповъ своей науки и общихъ условій мыслимости своего предмета. Когда же они очнулись отъ «догматическаго» сна, пришлось начать издалека, и оказалось, что правильная постановка ихъ проблемъ связана со сложнѣйшими задачами человѣческаго познанія и мышленія. И вотъ въ эту критическую для философіи и теоріи права эпоху психологическая теорія права проф. Петражицкаго явилась тѣмъ натуралистическимъ свѣтомъ, который сразу разсѣялъ всѣ трудности и показалъ, что все рѣшается сравнительно просто и легко. Этотъ призывъ быстро завоевалъ незрѣлыя симпатіи не только кажущейся самоочевидностью провозглашенныхъ истинъ, но и освобожденіемъ отъ умственныхъ затрудненій и отъ сложности проблемъ, — освобожденіемъ отъ отвѣтственнаго умственнаго бодрствованія черезъ замѣну прежняго догматическаго сна наивно-реалистическимъ гипнозомъ. Въ этомъ свойствѣ психологической теоріи права, какъ вообще всѣхъ натуралистическихъ и позитивистическихъ теорій, несомнѣнно кроется элементъ безсознательной и невольной научной демагогіи, отъ которой слѣдуетъ предостерегать въ наше время критической пытливости, которое однако вмѣстѣ съ тѣмъ есть и время чрезвычайной «разсѣянности» мнѣній. Въ интересахъ этого именно принципіальнаго выясненія положенія вещей и идейной роли психологической теоріи права брошюра г. Иванова и отмѣчается на страницахъ этого журнала.

Вен. Гинцбергъ.

Digitized by Google

Проф. І. А. Покровскій. Исторія римскаго права. С.-Пб., 1913. Изд. юрид. книжнаго магазина «Право». XVII+571 стран., ц. 3 руб. 50 коп. (въ переплетѣ).

Труды профессора І. А. Покровскаго, посвященные одному изъ труднѣйшихъ и интереснѣйшихъ вопросовъ исторіи римскаго права (генезисъ преторскаго права, въ его связи съ процессомъ), давно уже занимаютъ опредѣленное почетное мѣсто въ міровой литературѣ римскаго права. Въ Россіи проф. Покровскій принадлежитъ къ немногимъ академическимъ дѣятелямъ, въ теченіе многихъ лѣтъ съ честью несшимъ нелегкій и не всегда благодарный трудъ преподаванія римскаго права. Плодомъ многолѣтняго педагогическаго опыта является «Исторія Римскаго права», которая, поэтому, не можетъ не обратить на себя вниманія не только спеціалистовъ, но и болѣе широкихъ круговъ публики, такъ или иначе интересующейся юридическими науками.

Руководство распадается на двѣ главныхъ части: I — исторія институтовъ публичнаго права, II — исторія гражданскаго права.

Первая часть представляетъ собою такъ называемую «Внѣшнюю исторію римскаго права», или «Курсъ исторіи римскаго права» германскихъ университетовъ; она заключаетъ въ себѣ исторію государственнаго права, источниковъ права, гражданскаго процесса, уголовнаго права и процесса; изложеніе ведется по періодамъ, соотвѣтственно послѣдовательнымъ формамъ государственнаго устройства: періодъ царей, республики, принципата, абсолютной монархіи; послѣдняя (V) глава первой части («Римское право въ новомъ мірѣ») рисуетъ судьбы римскаго права въ Византіи и въ З. Европѣ (исторія науки и рецепціи римскаго права). Для каждаго періода дается очеркъ экономическихъ отношеній. Въ отличіе отъ многихъ другихъ курсовъ, авторъ удѣляетъ достаточно вниманія уголовному праву и процессу. Должно отмѣтить также, что романисты нерѣдко слѣдуютъ теперь, въ дѣленіи на періоды, воззрѣніямъ многихъ историковъ, не придающихъ особенно рѣшающаго значенія переходу отъ монархіи къ первоначальной республиканской формѣ, и соединяютъ монархію и эту форму въ одинъ періодъ.

Вторая часть обнимаетъ обычный матеріалъ «Институцій», но отличается — и несомнѣнно къ своей выгодѣ — системой: послѣ исторіи ученія о субъектахъ права (гл. I, «Исторія гражданскаго общества») излагается исторія институтовъ гражданскаго права по четыремъ отдѣламъ, на которые обычно дѣлится «особенная часть»

Digitized by Google

пандектъ: исторія вещныхъ правъ (гл. VII), обязательствъ (VIII), отношеній семейственныхъ (IX), наслѣдованія (X). Матеріалъ каждаго отдѣла излагается въ порядкѣ послѣдовательнаго развитія институтовъ, начиная съ древняго цивильнаго права; гл. VII: I — институты цивильнаго права, II — институты преторскаго права; гл. VIII: I — старое цивильное право, II — система обязательствъ позднѣйшаго права; въ такомъ же порядкѣ, только безъ особаго подраздѣленія, излагаются институты семейнаго и наслѣдственнаго права. Каждому отдѣлу предпосылается очеркъ общихъ юридическихъ понятій, необходимыхъ для изученія исторіи соотвѣтствующихъ институтовъ.

Преимущество принятой авторомъ системы изложенія состоитъ прежде всего въ томъ, что она избавляетъ отъ необходимости относить каждый институтъ гражданскаго права къ опредѣленному періоду исторіи права публичнаго, между тѣмъ какъ фазы развитія обѣихъ системъ права могутъ не во всемъ совпадать, а время появленія институтовъ гражданскаго права часто не поддается опредѣленію; въ то же время облегчается достиженіе одной изъ цѣлей преподаванія исторіи римскаго права: изученіе, на матеріалѣ исторіи римскаго права, основныхъ элементарныхъ понятій гражданскаго права и основныхъ формъ развитія его институтовъ. Но, съ другой стороны, эта система разрываетъ цѣльность историческаго изложенія и все-таки не вполнѣ устраняетъ затрудненіе отъ необходимости отнести институтъ къ нѣкоторому болѣе или менѣе опредѣленному періоду времени. Едва ли всѣ согласятся съ тѣмъ, что стипуляція цѣликомъ включена въ «систему обязательствъ позднѣйшаго права» вмѣстѣ съ реальными и консенсуальными контрактами, на долю же «стараго цивильнаго права» оставлено только fiducia и nexum.

Литературныя указанія даются въ размѣрѣ, совершенно соотвѣтствующемъ требованіямъ, какія можно предъявить къ элементарному курсу. Источники указаны только тамъ, гдѣ это представлялось автору необходимымъ.

Само собою разумѣется, что рецензируемое руководство поставлено въ уровень съ современнымъ состояніемъ науки. Авторъ не боится вводить въ изложеніе новѣйшія попытки объясненій темныхъ моментовъ исторіи римскаго права; это оживляетъ изложеніе, не лишая его характера элементарности и не утомляя читателя; гипотезы и различныя литературныя теченія сообщаются только по важнѣйшимъ вопросамъ (напр., о nexum); имъ дается сравнительная критическая оцѣнка. Въ ученіе объ источникахъ права включены результаты собственныхъ изысканій автора, но отмѣчено

Digitized by Google

расхожденіе съ господствующимъ воззрѣніемъ и изложено это послѣднее.

Соединеніе научности съ элементарностью, точности съ простотою, въ общемъ, чрезвычайно удалось автору; и если замѣтны нѣкоторыя погрѣшности противъ строгости изложенія, то только потому, что уровень, на которомъ стоитъ руководство, повышаетъ невольно предъявляемыя къ нему требованія. (Едва ли, напр., достаточно точно передается смыслъ «justus titulus» словами: «правомѣрный актъ», стран. 340).— Приложенный въ концѣ книги указатель весьма облегчаетъ пользованіе книгой и дѣлаетъ ее также удобнымъ справочнымъ пособіемъ для всѣхъ, интересующихся вопросами исторіи римскаго права.

С. Сабининъ.

Ю. Готье. Исторія областного управленія въ Россіи отъ Петра I до Екатерины II. Томъ I. Реформа 1727 г. Областное дѣленіе и областныя учрежденія 1727—1775 гг. Москва. 1913 г. 472 стр. Ц. 3 руб.

Новый трудъ г. Ю. В. Готье представляетъ весьма солидное и обстоятельное изслѣдованіе, результатъ детальной обработки большого, совершенно свѣжаго архивнаго матеріала. Авторъ съ огромнымъ вниманіемъ, не боясь кропотливой работы, обставляетъ свои выводы и построенія во всѣхъ подробностяхъ документальными данными, обнаруживая временами, мы сказали бы, даже излишнюю расточительность въ пользованіи источниками. Онъ цитируетъ ихъ даже и тогда, когда свободно можно было бы ограничиться простымъ резюме или краткою ссылкой. Авторъ въ этомъ отношеніи какъ бы не различаетъ болѣе важныхъ и контроверзныхъ сюжетовъ въ своемъ изслѣдованіи отъ второстепенныхъ и менѣе важныхъ. Подобное embarras de richesse архивнаго аппарата въ книгѣ Готье мѣстами безъ особенной нужды только загромождаетъ изложеніе и развитіе избранной имъ темы, хотя и дѣлаетъ честь добросовѣстности автора.

Что касается самой темы изслѣдованія г. Готье, то она избрана, несомнѣнно, весьма удачно. Исторія областного управленія въ Россіи въ періодъ отъ Петра I до Екатерины II до сихъ поръ представляла ощутительный пробѣлъ въ разработкѣ нашей государственной исторіи. Заслуга автора тѣмъ болѣе должна быть признана въ данномъ случаѣ, что избранный имъ историческій періодъ далеко не могъ представлять того живого интереса для спеціальной

Digitized by Google

разработки, какъ усиленно привлекавшія до сихъ поръ къ себѣ вниманіе спеціалистовъ петровская или екатерининская эпохи. Нельзя не отмѣтить также, что автору пришлось разрабатывать свою тему почти на нови, не имѣя предшественниковъ. Наконецъ, позволимъ себѣ указать, что и по своимъ методологическимъ пріемамъ работа г. Готье заслуживаетъ полнаго сочувствія, поскольку авторъ поставилъ своей прямой задачей связать «исторію учрежденій» съ «реальными условіями жизни страны». Авторъ справедливо указываетъ при этомъ (стран. 2), что историки права, изучавшіе до сихъ поръ исторію нашихъ государственныхъ учрежденій, изслѣдовали ее «внѣ связи съ людьми, внѣ связи съ обществомъ, мало учитывая реальную жизнь». Мы распространили бы, однако, въ интересахъ научной справедливости, этотъ упрекъ не только на юристовъ, но и на всю вообще русскую историческую школу до Ключевскаго. Что касается самого автора, то онъ, думается намъ, въ приложеніи своего метода оказался излишне скромнымъ, положивъ, по его собственному признанію, «въ основу работы... почти исключительно офиціальное дѣлопроизводство въ самыхъ различныхъ его видахъ» (стран. 7). И дѣйствительно, нельзя не признать, что авторомъ лишь очень скупо выяснено вліяніе соціальныхъ условій эпохи на общій строй и судьбу областныхъ учрежденій середины XVIII ст. Въ указанномъ отношеніи г. Готье слишкомъ уже отдалъ большую дань въ своихъ общихъ выводахъ достаточно устарѣвшей, и на его взглядъ, научной традиціи. Поэтому, несмотря на то, что трудъ г. Готье несомнѣнно является капитальнымъ изслѣдованіемъ по исторіи областного управленія избранной имъ эпохи, съ выводами и общими заключеніями уважаемаго автора все же далеко не всегда можно согласиться.

Прежде всего авторъ слишкомъ легко воспринялъ, не подвергнувъ его основательной критикѣ, тотъ взглядъ на отношеніе преемниковъ Петра къ его реформѣ, согласно которому на послѣ-петровскую «ломку» государственныхъ учрежденій у насъ принято смотрѣть, какъ на реакціонный поворотъ назадъ къ «старомосковскимъ» идеаламъ на почвѣ «идеализаціи московской старины». Эта мысль проходитъ черезъ всю книгу г. Готье и повторяется имъ на цѣломъ рядѣ страницъ (9, 48, 51, 101, 181, 205, 385, 465). Между тѣмъ съ ней едва ли можно теперь согласиться. Прежде всего въ ней заключается очевидная идеализація самой реформы Петра и его «дѣла», переоцѣнка петровскаго наслѣдія и той «высоты», на которую будто бы вознесъ Петръ Россію въ своихъ учрежденіяхъ. Авторъ совершенно упускаетъ изъ виду, что та самая «ломка», которая цѣликомъ отнесена имъ на счетъ преемниковъ Петра, начата была

Digitized by Google

самимъ великимъ Преобразователемъ, разрушившимъ своей собственной рукой созданныя имъ же самимъ учрежденія. Г. Готье несомнѣнно идеализируетъ петровскія учрежденія, приписывая имъ стройный и планомѣрный характеръ, въ противоположность творцамъ областной системы середины XVIII в., у которыхъ, по мнѣнію автора, не было никакихъ руководящихъ принциповъ и началъ. Авторъ забываетъ, какъ много въ петровскихъ реформахъ, и областной особенно, «не смотря учинено было». Вѣдь, по существу, Петръ только и занимался тѣмъ, что перестраивалъ свои недостроенныя сооруженія, нетерпѣливо разрушая то, что только что было передъ тѣмъ создано. И нигдѣ, быть можетъ, эта ломка не произвела такихъ опустошеній, какъ, именно, въ системѣ областныхъ учрежденій, гдѣ получилось какое-то безобразное нагроможденіе коронной и выборной администраціи губернскихъ властей и конкурирующихъ съ ними военныхъ постоевъ «дистрикта». Конечно, останься Петръ въ живыхъ, онъ не остановился бы на принятыхъ имъ мѣрахъ, а пошелъ бы далѣе по пути «разрушенія» своего «дѣла». Его преемники только продолжали начатое имъ; оставаться при той «разсыпанной храминѣ» областныхъ учрежденій, которую онъ завѣщалъ имъ, было невозможно. Въ этомъ смыслѣ реформы 1727 г. и послѣдующія были такой же «реакціей» противъ Петра, какой былъ онъ самъ въ своемъ собственномъ дѣлѣ. Циклопическія сооруженія, воздвигнутыя Петромъ, нуждались въ практической переработкѣ, въ упорядоченіи, упрощеніи, приведеніи въ извѣстную систему.

Правда, дѣльцы послѣпетровскаго правительства не были высокаго полета, но они не были и лишены практическаго смысла. Самъ же авторъ долженъ былъ признать, что преемники Петра создали «довольно стройное областное дѣленіе», ввели довольно правильную іерархію органовъ областного управленія и исправили рядъ недостатковъ въ петровскихъ учрежденіяхъ (стран. 24, 59, 69, 104). При такихъ условіяхъ реформа 1727 г. была не только «актомъ, разрушившимъ областныя учрежденія Петра» (разрушилъ ихъ самъ Петръ, ср. стран. 37, 42), сколько ихъ упрощеніемъ, а отчасти и упорядоченіемъ. И упрекъ автора преемникамъ Петра въ «неумѣніи продолжать дѣло преобразователя» не только въ извѣстномъ смыслѣ можетъ быть обращенъ къ самому преобразователю, но и долженъ быть принятъ cum grano salis. Тѣмъ болѣе, что и самъ г. Готье не отрицаетъ, что «завѣты» Петра не были чужды его наслѣдникамъ (стран. 10, 39). «Разрушая» же петровскія учрежденія они тѣмъ самымъ продолжали «дѣло» Преобразователя. Думаемъ, что та пропасть, которую авторъ стремится вырыть между «высокими» стремленіями Петра и разрушительной политикой его жалкихъ

Digitized by Google

преемниковъ не была бы такъ глубока, если бы авторъ не склоненъ былъ въ каждомъ измѣненіи, каждомъ шагѣ реформаторовъ середины XVIII в. видѣть рецидивъ «старомосковскихъ» порядковъ, «московское нутро», возвратъ къ «старомосковскому быту». Всякое упрощеніе въ хаотической системѣ петровскихъ областныхъ учрежденій г. Готье готовъ истолковать, какъ поворотъ назадъ, тогда какъ, въ дѣйствительности, мы вовсе имѣемъ здѣсь дѣло не съ «идеализаціей московской старины», а съ дальнѣйшимъ развитіемъ той централизаціи и бюрократизаціи всей системы государственнаго управленія, которая была такъ характерна для развивавшагося тогда у насъ полицейскаго, абсолютистскаго государства. Сосредоточеніе власти въ единоличныхъ, іерархически подчиненныхъ центру, органахъ областной администраціи лишь только формально, по внѣшности возвращало послѣпетровскую административную систему къ «старомосковскимъ» порядкамъ. Въ дѣйствительности петровская коллегіальность, «соборное» начало въ управленіи было гораздо ближе, какъ это признаетъ и самъ авторъ (181 стран.), къ старо-московскому быту, чѣмъ централистическія тенденціи правительства 1727—1775 гг. зародившіяся еще въ московскомъ періодѣ, гдѣ должно искать и прецедентовъ самой реформы Петра. Непонятно также, какъ авторъ можетъ видѣть «старую московскую традицію» въ мелочной полицейской регламентаціи (203 стран.) XVIII ст. Автору хорошо извѣстно, конечно, что эта регламентація была типичнымъ явленіемъ, именно, петровской и послѣпетровской имперіи, тогда какъ въ Москвѣ — согласно воеводскимъ наказамъ — «дѣятельность областныхъ правителей» регулировалась классическимъ началомъ «какъ ихъ Богъ вразумитъ», да «стариной», «пошлиной». Совершенно очевидно при такихъ условіяхъ, что ни іерархическое начало, ни бюрократизація, ни централизація, ни регламентація, ни внѣдреніе въ систему управленія «министерскаго» (единоличнаго) начала не были вовсе явленіями историческаго атавизма, какъ думаетъ авторъ, а дальнѣйшимъ развитіемъ тѣхъ новыхъ историческихъ началъ, которымъ принадлежало будущее. Такимъ же живымъ явленіемъ былъ и «ростъ сословнаго элемента въ областной администраціи» послѣпетровской эпохи. Авторъ можетъ, конечно, считать (стран. 13) отмѣченный фактъ «явленіемъ отрицательнымъ», но историкъ, думается намъ, долженъ былъ бы также подойти къ этому факту и съ чисто исторической стороны. Узко-фискальный характеръ петровскихъ учрежденій, которыя такъ мало считались съ интересами господствующаго класса дворянства, въ которомъ все болѣе и болѣе развивались землевладѣльческо-крѣпостническія вожделѣнія, въ значительной

Digitized by Google

мѣрѣ создалъ неуспѣхъ его реформы, такъ какъ Петръ слишкомъ мало вообще считался съ интересами сословій, на которыхъ покоилось тогда все государство. Дворянское общество, систематически уклонявшееся отъ государственнаго тягла, имѣло достаточно основаній избѣгать и губернской службы, настойчиво проводя, однако, свою «шляхетскую» политику. Оно вовсе не «проспало», какъ думаетъ г. Готье, екатерининской комиссіи, напротивъ, очень ясно дало понять власти XVIII ст., что оно вполнѣ равнодушно къ тому «журавлю въ небѣ», котораго ему сулило довольно легкомысленно правительство «коронованнаго философа», но зато столь же ясно заявило о своихъ реальныхъ интересахъ, которые должны были создать эпоху дворянскаго засилья въ провинціи, а затѣмъ и въ областномъ управленіи. Эта соціальная сторона исторіи областного управленія середины XVIII ст., подготовившая новую реформу его, во второй половинѣ осталась мало освѣщенной въ изслѣдованіи автора. Не будемъ касаться нѣкоторыхъ иныхъ недочетовъ работы г. Готье (вопроса о судѣ по формѣ и т. д.). Нашъ отзывъ и безъ того перешелъ легальные размѣры журнальной рецензіи. Позволимъ себѣ только сказать въ заключеніе нашего разбора цѣннаго изслѣдованія г. Готье, что своими замѣчаніями мы не думали нисколько умалять несомнѣнныхъ выдающихся достоинствъ его ученаго труда, который несомнѣнно займетъ почетное мѣсто въ литературѣ предмета, рядомъ съ изслѣдованіемъ г. Богословскаго, которое онъ такъ удачно продолжаетъ.

Б. И. Сыромятниковъ.

Питиримъ Сорокинъ. Преступленіе и кара, подвигъ и награда. Соціологическій этюдъ объ основныхъ формахъ общественнаго поведенія и морали. Съ предисловіемъ проф. М. М. Ковалевскаго. С.-Пб. Изданіе Я. Т. Долбышева 1914. L+456. Цѣна 2 руб. 75 коп.

Какъ видно изъ подзаголовка, книга г. Сорокина посвящена соціологическому разсмотрѣнію преступленія и кары, подвига и награды. Подъ такимъ разсмотрѣніемъ авторъ разумѣетъ изслѣдованіе состава, закономѣрности и внутренняго развитія этихъ образованій въ условіяхъ соціальной дѣйствительности, однимъ изъ проявленій которой являются эти образованія, если имѣть въ нихъ въ виду не только извѣстные акты, но также и опредѣленныя переживанія, символами которыхъ оказываются акты. Такая поста-

Digitized by Google

новка задачи, естественно, предполагаетъ предварительный психологическій анализъ переживаній преступленія и кары, подвига и награды. Авторъ предпринимаетъ этотъ анализъ, руководясь психологическимъ ученіемъ проф. Л. І. Петражицкаго. Такимъ образомъ, книга г. Сорокина состоитъ изъ трехъ частей: первая посвящена психологической подготовкѣ соціологическаго изслѣдованія, двѣ остальныя — этому изслѣдованію, при чемъ одна изъ нихъ отведена подъ разсмотрѣніе «вліянія каръ и наградъ на поведеніе человѣка», другая же занята разсужденіемъ о «генезисѣ и эволюціи основныхъ формъ поведенія». Соціологическій анализъ и разсужденія г. Сорокина имѣютъ двоякое назначеніе: теоретическое и практическое. Первое сводится къ установкѣ природы изучаемыхъ явленій. Второе состоитъ въ возможности использовать этотъ теоретическій результатъ для цѣлей морали и политики права. Вопросу о возможности и условіяхъ такого использованія посвящено авторомъ обстоятельное введеніе, озаглавленное: «Нормативная ли наука этика и можетъ ли она ею быть». Предисловіе, написанное проф. М. М. Ковалевскимъ, содержитъ весьма лестную для автора характеристику содержанія и оцѣнку соціологическаго значенія книги.

Принимая дѣленіе проф. Петражицкаго актовъ поведенія на разряды facere, abstinere и pati, авторъ показываетъ, что въ составъ каждаго изъ этихъ трехъ разрядовъ входятъ, въ свою очередь, троякаго рода акты: рекомендуемые, должные и запрещенные. Въ отвѣтъ на эти акты въ переживаніи ихъ субъектовъ, а также въ сознаніи другихъ сочленовъ общественной группы возникаютъ реакціи: на акты рекомендуемые — реакція благодарности, на акты должные — реакція съ окраской «справедливо», «нормально» и т. д., на акты запрещенные — реакція отвращенія, отталкиванія. Авторъ затѣмъ даетъ слѣдующій рядъ опредѣленій: «Акты рекомендуемые назовемъ подвигомъ или услугой, а реакцію на нихъ со стороны другого, воспринимающаго ихъ именно, какъ акты рекомендуемые, — наградой. Акты запрещенные назовемъ преступленіемъ, реакцію на нихъ, понимаемыхъ другими именно, какъ акты запрещенные, — наказаніемъ. Акты «дозволенно-должные» и вызываемую ими реакцію будемъ называть просто дозволенно-должными» (стр. 58). Въ дальнѣйшемъ авторъ занимается только двумя первыми изъ этихъ трехъ паръ явленій. Находя, что правовѣдѣніе несправедливо обращаетъ исключительное вниманіе на одни лишь преступленія и кары, г. Сорокинъ дѣлаетъ попытку научнаго разсмотрѣнія явленій подвига и награды. Такъ, въ параллель уголовному праву, онъ выдвигаетъ и обосновываетъ понятіе наградного или преміальнаго права, а также стремится провести въ области этого послѣд-

Digitized by Google

няго аппаратъ понятій криминологіи, соотвѣтственнымъ образомъ исправленный, конечно. Кары и награды, обращаясь въ обществѣ, постепенно «шаблонизируются» и кодифицируются. Здѣсь мы вступаемъ уже въ область соціологическаго изслѣдованія. Авторъ говоритъ сперва объ двухъ вліяніяхъ каръ и наградъ — мотиваціонномъ и дрессирующемъ — на личность и общественныя группы, оцѣнивая то и другое положительнымъ образомъ, не на основаніи какой-либо предвзятой теоріи, а опираясь на данныя индивидуальной и общественной жизни, свидѣтельствующія о воспитывающемъ вліяніи на нихъ каръ и наградъ. Прослѣдивъ, далѣе, связь каръ и наградъ съ динамикой и статикой общественныхъ группъ, г. Сорокинъ переходитъ къ обстоятельному, документированному изученію историческихъ тенденцій въ развитіи каръ и наградъ, которыя онъ усматриваетъ въ возрастающемъ смягченіи интенсивности тѣхъ и другихъ, сопровождаемомъ суженіемъ объема караемыхъ и награждаемыхъ лицъ и актовъ въ основныхъ проявленіяхъ общественной дѣятельности. Колебанія, испытываемыя этими тенденціями, подчиняются, согласно г. Сорокину, слѣдующему закону: «Интенсивность каръ (и наградъ) тѣмъ болѣе велика въ каждый историческій моментъ, чѣмъ болѣе примитивно данное общество и чѣмъ больше антагонистической разнородности въ психикѣ и поведеніи его членовъ. И обратно, чѣмъ болѣе культурно данное общество и чѣмъ болѣе однородна психика и поведеніе его членовъ — тѣмъ менѣе жестоки кары и менѣе интенсивны награды», (стр. 424). Въ заключеніе авторъ останавливается на вопросѣ о томъ, можно ли считать развитіе человѣческаго поведенія прогрессивнымъ. Онъ отвѣчаетъ на него въ видѣ такого раздѣлительнаго сужденія: оно прогрессивно, если тенденціи поведенія, вскрываемыя исторіей, мы хотимъ признать положительными, нормальными; оно не прогрессивно, если мы стоимъ на противоположной точкѣ зрѣнія. Выборъ какой-либо одной изъ этихъ оцѣнокъ развитія поведенія не предрѣшается ни соціологіей, ни этикой, ибо онѣ не даютъ оцѣнокъ, являясь чисто-теоретическими науками. Такъ, въ заключеніи книги г. Сорокинъ воспроизводитъ въ конкретной обстановкѣ взглядъ, развитый имъ во введеніи и гласящій, что наука не устанавливаетъ нормъ должнаго, а ограничивается лишь теоретическимъ уясненіемъ условій и послѣдствій выбора тѣхъ или другихъ нормъ.

Такова руководящая нить содержанія книги г. Сорокина. По пути она обросла многочисленными узлами, передъ которыми авторъ не останавливается, но, по вѣрному замѣчанію проф. Ковалевскаго — «можно сказать, ищетъ ихъ» (IV). О нѣкоторыхъ изъ этихъ узловъ слѣдуетъ сказать, быть можетъ, что, не завязывая ихъ,

Digitized by Google

авторъ ничего не потерялъ бы и даже выигралъ бы въ ясности и убѣдительности, ибо иные вопросы у него не развязываются, а разрубаются не очень убѣдительно, бросая тѣнь неубѣдительности на спеціальное и прямое содержаніе книги, по существу съ ними, однако, иногда и не связанное. Это особенно слѣдуетъ сказать, напр., о предпринятомъ г. Сорокинымъ изслѣдованіи возникновенія сознанія, каковое изслѣдованіе и мало убѣдительно и не нужно для цѣлей его книги. То же относится и къ нѣсколькимъ десяткамъ страницъ, отведеннымъ авторомъ разсмотрѣнію происхожденія явленій, связанныхъ въ дочеловѣческомъ и человѣческомъ мірѣ съ сознаніемъ: относящіеся сюда факты не имѣютъ прямого отношенія къ соціологическому изслѣдованію. Книга г. Сорокина, кажется намъ, выиграла бы въ ясности также и въ томъ случаѣ, если бы онъ значительно сократилъ главы, отведенныя имъ психологическому анализу и юридической конструкціи понятій «наградного права». Послѣдняя задача, сама по себѣ цѣнная и интересная, не требуется, однако, задачей соціологическаго изслѣдованія въ томъ объемѣ, въ какомъ установилъ ее авторъ, что подтверждаетъ неиспользованностью юридическаго аппарата понятій наградного права въ дальнѣйшемъ. Если исключить всѣ подобные элементы книги, остается цѣнное и прекрасно освѣщенное ядро ея. Оно заключается въ мысли, что преступно-карательные и услужно-наградные акты представляютъ параллелизмъ, какъ въ своемъ составѣ, такъ и въ своей общественной роли, что они совмѣстно подчинены однимъ и тѣмъ же общественнымъ условіямъ, въ зависимости отъ колебаній которыхъ стоитъ составъ и объемъ преступно-карательныхъ и услужно-наградныхъ актовъ, и что, наконецъ, оба разряда актовъ поведенія проникнуты одною и тою же основной тенденціей, идущей въ направленіи къ смягченію ихъ интенсивности и ограниченію объема лицъ и отношеній, на которыхъ падаютъ кары и награды. Всюду авторъ, въ проведеніи этой точки зрѣнія, обнаруживаетъ большую эрудицію и умѣніе обрабатывать въ соціологическихъ цѣляхъ громадный сырой матеріалъ, почерпаемый изъ этнографіи, исторіи права и вообще исторіи, а также изъ различныхъ работъ по психологіи.

Однако, признавая цѣнность и значительность поставленной и рѣшенной авторомъ задачи, мы все же считали бы желательнымъ нѣсколько болѣе углубленное теоретическое освѣщеніе цѣлей его книги, чѣмъ то, какое нашло себѣ мѣсто въ послѣдней. Прежде всего автору, какъ намъ кажется, слѣдовало бы высказаться о томъ, какъ именно надлежитъ разсматривать установленную имъ за-

Digitized by Google

висимость между индивидуально-психологическимъ составомъ преступно-карательныхъ и услужно-наградныхъ актовъ, съ одной стороны, и характеромъ объемлющихъ ихъ соціальныхъ условій, съ другой. Обычно, эту зависимость истолковываютъ либо такъ, что причиной ея является индивидуальная сторона, либо такъ, что роль причины играетъ соціальная, либо такъ, наконецъ, что причиной оказывается взаимодѣйствіе обѣихъ сторонъ. Авторъ, повидимому, стоитъ на второй изъ этихъ точекъ зрѣнія, раздѣляя взглядъ французской соціологической школы Дюркхейма, Де-Роберти и др. Однако, это представляется едва ли обоснованнымъ. Напротивъ, самъ г. Сорокинъ въ первой главѣ своей книги указалъ на необходимость выйти за предѣлы наивной трилеммы и стать на четвертую точку зрѣнія, по которой между личнымъ и общественнымъ нѣтъ никакой, ни односторонней, ни двусторонней, причинной связи, а существуетъ лишь опредѣленная координація функціональнаго порядка. Можно только пожалѣть, что эту точку зрѣнія авторъ не использовалъ для теоретическаго освѣщенія своей книги. — Въ связи съ этимъ стоитъ нѣкоторая неясность во взглядѣ г. Сорокина на сущность преступленія и кары и, соотвѣтственно, подвига и награды: онъ не всегда одинаково изображаетъ составъ этихъ актовъ и то связываетъ ихъ съ опредѣленными соціальными моментами, то совершенно отвлекается отъ таковыхъ, считая возможнымъ трактовать, напр., преступленіе и наказаніе, какъ акты, которыхъ отдѣляетъ другъ отъ друга только временной промежутокъ; опять-таки и эти колебанія нуждаются въ отчетливомъ освѣщеніи съ помощью теоретическаго анализа. — Чрезвычайно интересное изслѣдованіе тенденцій, обнаруживаемыхъ развитіемъ каръ и наградъ, точно такъ же слѣдовало бы углубить теоретически въ интересахъ точности. Авторъ стремится доказать, во-первыхъ, что тенденціи развитія каръ и наградъ параллельны, и что онѣ состоятъ въ грядущемъ устраненіи каръ и наградъ, во-вторыхъ. Однако, параллелизмъ каръ и наградъ какъ-то мало прослѣженъ авторомъ по существу, и онъ во всякомъ случаѣ не доказалъ, что онъ не случаенъ. Брошенное имъ вскользь на стр. 386—388 замѣчаніе, что кары и награда, при данномъ соціальномъ уровнѣ, связаны коррелятивно, при всей своей цѣнности, все же именно «брошено», а не разработано съ надлежащей полнотой и основательностью, такъ что читатель, ожидающій такой разработки его на болѣе видномъ мѣстѣ, можетъ легко просмотрѣть его. Вызываетъ большія сомнѣнія мысль г. Сорокина, что тенденція развитія каръ стремится свести ихъ къ нулю: онъ, собственно, обосновываетъ иное положеніе, касающееся паденія интенсивности и суженія объема каръ

Digitized by Google

и наградъ, а вовсе не сведенія ихъ къ нулю. На это важное въ соціологическомъ смыслѣ обстоятельство, быть можетъ, слѣдовало бы обратить больше вниманія: вѣдь здѣсь рѣчь идетъ ни много, ни мало — о томъ, осуществимъ ли «градъ Божій» въ условіяхъ общества, сколь угодно совершеннаго, но все же историческаго, влачащаго бремя соціальной наслѣдственности и условій земного существованія. — Здѣсь можно не отмѣчать рядъ мелкихъ промаховъ, допущенныхъ г. Сорокинымъ во введеніи къ его книгѣ: они не уменьшаютъ ея значительности и интереса.

Т. Райновъ.

І. Гольденбергъ: — «Реформа тѣлесныхъ наказаній.» — Великія реформы шестидесятыхъ годовъ въ ихъ прошломъ и настоящемъ. Изд. Семенова. С.-Пб. Стран. 72. Цѣна 60 коп. (года изданія не обозначено).

Подъ приведеннымъ общимъ заголовкомъ съ 1905 года въ изданіи П. П. Гершунина, а съ 1913— въ изданіи М. И. Семенова вышли въ свѣтъ пять книгъ, посвященныхъ обзору главныхъ реформъ 60-хъ годовъ и современнаго состоянія соотвѣтствующихъ отдѣловъ русскаго законодательства[1]). Все изданіе, по мысли Гершунина, было предпринято съ цѣлью подведенія итоговъ тому, что было сдѣлано въ эпоху великихъ реформъ, и что предстоитъ закончить въ тѣхъ-же областяхъ въ наше время. А такъ какъ именно въ вопросахъ, затронутыхъ реформами 60-хъ годовъ, юридическая литература послѣдняго полустолѣтія очень богата и разнообразна, то нельзя не привѣтствовать появленія въ печати новыхъ трудовъ, освѣщающихъ тотъ или иной вопросъ съ исчерпывающей полнотою.

Въ этомъ смыслѣ брошюра г. Гольденберга отчасти удовлетворяетъ назрѣвшей необходимости: въ сжатой формѣ авторъ излагаетъ главнѣйшія данныя изъ исторіи примѣненія тѣлесныхъ наказаній въ Россіи, начиная съ XVII вѣка, равно какъ и изъ исторіи постепеннаго вымиранія этого института въ законодательствѣ вплоть до настоящаго времени. Сводка этихъ данныхъ у автора достаточно полна, хотя онъ не использовалъ многихъ научныхъ трудовъ по исторіи тѣлесныхъ наказаній, какъ напр., Ступина, Бинштока и Семевскаго.

---

[1]) Въ 1905 г.: К. Арсеньевъ, Законодательство о печати. — І. Гессенъ, Судебная реформа. — А. Корниловъ, Крестьянская реформа. Въ 1913 г.: К. Пажитновъ, Городская и земская реформа, и послѣдняя книжка г. Гольденберга.

Digitized by Google

Въ научномъ отношеніи трудъ г. Гольденберга представляетъ собою, главнымъ образомъ, популяризацію мало извѣстной въ широкой публикѣ, но весьма солидной работы Тимофеева («Исторія тѣлесныхъ наказаній въ русскомъ правѣ» 1887 г.), а также и книги докторовъ Жбанкова и Яковенко («Тѣлесныя наказанія въ Россіи въ настоящее время» 1899); присоединивъ сюда матеріалъ относительно примѣненія розогъ и частичной отмѣны ихъ (изъ «Эпохи великихъ реформъ» Джаншіева и ряда статей повременной печати), авторъ въ связной и живой формѣ изложилъ и юридическую и фактическую сторону вопроса. Медленный процессъ постепеннаго сужения сферы примѣненія тѣлесныхъ наказаній изображенъ въ брошюрѣ вполнѣ ясно. Законодательная замѣна болѣе грубыхъ наказаній менѣе жестокими, съ одной стороны, и расширеніе круга лицъ, изъятыхъ отъ этихъ наказаній съ другой, вмѣстѣ съ наглядными отрицательными результатами примѣненія этой кары въ судебномъ и административномъ порядкѣ и тою борьбою, которая велась въ обществѣ и законодательныхъ сферахъ вокругъ этого института: все это нашло себѣ надлежащее мѣсто въ трудѣ г. Гольденберга.

Поэтому нельзя не пожалѣть о нѣкоторыхъ дефектахъ, съ устраненіемъ которыхъ работа автора могла бы пріобрѣсть гораздо большее и научное и даже практическое значеніе (въ смыслѣ опредѣленной постановки вопросовъ de lege ferenda). Такъ напримѣръ, авторъ совершенно не касается тѣлесныхъ наказаній, какъ одного изъ вопросовъ спеціальной юридической литературы, не излагаетъ его перипетій и даже не приводитъ полной библіографіи. Между тѣмъ, такая точка зрѣнія не только заставила бы автора подвести полный итогъ всѣмъ доводамъ pro et contra тѣлесныхъ наказаній, какъ института уголовнаго права, но и помогла бы ему шире и глубже изслѣдовать вопросъ. Дѣло въ томъ, что до самаго послѣдняго времени, когда въ наукѣ заходитъ рѣчь о тѣлесныхъ наказаніяхъ, обыкновенно разсматриваются лишь тѣ изъ послѣднихъ, которыя причиняютъ физическія страданія наказываемому только путемъ нанесенія ему ударовъ по тѣлу. И, если встрѣчаются упоминанія про иные виды тѣлесныхъ наказаній, какъ прикованіе къ телѣжкѣ, бритье головы, ручныя и ножныя оковы и связки и т. п., то это происходитъ какъ бы случайно и внѣ всякой связи съ разборомъ наказаній перваго вида (такъ дѣлаетъ и г. Гольденбергъ на стр. 22, 58, 62 и 70). Наконецъ, въ той же литературѣ мы вовсе не находимъ анализа спеціальныхъ физическихъ лишеній, какъ напр., уменьшеніе пищи, лишеніе свѣта, ограниченіе въ движеніяхъ и пользованіи свѣжимъ воздухомъ, содержаніе въ температурѣ ниже нормы и т. п., хотя всѣ эти указанныя въ законѣ

Digitized by Google

лишенія доставляютъ несомнѣнныя страданія организму наказаннаго и должны быть относимы къ категоріи тѣлесныхъ наказаній. И именно, отвѣчая на вопросъ о томъ, что остается сдѣлать въ данной области въ духѣ реформъ 60-хъ годовъ, и принимая во вниманіе, что доводы противъ тѣлесныхъ наказаній вообще сильнѣе противоположныхъ, — не трудно притти къ тому выводу, что вслѣдъ за отошедшими въ область исторіи батогами, кнутомъ, шпицрутенами, кошками, плетьми и хлыстомъ всѣ остальные виды тѣлесныхъ наказаній (т.-е. розги, кандалы и физическія лишенія), сохранившіеся понынѣ, подлежатъ полному исключенію изъ дѣйствующаго права.

Къ этому выводу не приходитъ г. Гольденбергъ, быть можетъ, и потому, что, несмотря на заглавіе изданія, онъ посвящаетъ вопросу о тѣлесныхъ наказаніяхъ въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ лишь немногія строки: даже относительно примѣненія розогъ этотъ вопросъ у него изложенъ слишкомъ конспективно, а критика современнаго законодательства и вовсе отсутствуетъ, отчего брошюра оставляетъ впечатлѣніе чего-то незаконченнаго.

Кромѣ того, нельзя не обратить вниманія на нѣсколько допущенныхъ авторомъ фактическихъ ошибокъ. Такъ на стр. 51 онъ заявляетъ, что великій князь Константинъ Николаевичъ «не доходилъ до полнаго отрицанія тѣлесныхъ наказаній». Между тѣмъ, въ 1862 году, обсуждая извѣстную записку кн. Орлова, великій князь сказалъ, что «необходимо стремиться къ полной отмѣнѣ тѣлесныхъ наказаній всякаго рода въ ближайшемъ будущемъ», а затѣмъ, развивая свою мысль въ засѣданіяхъ Особаго Комитета, вполнѣ опредѣленно порицалъ примѣненіе тѣлесныхъ наказаній какъ по суду, такъ и въ дисциплинарномъ порядкѣ[1]). Затѣмъ г. Гольденбергъ говоритъ, что послѣ реформъ 60-хъ годовъ розги для нижнихъ чиновъ примѣнялись лишь въ дисциплинарныхъ батальонахъ до 50 ударовъ, а въ войскахъ по уставу 1875 г. взамѣнъ одиночнаго заключенія отъ 50 до 200 ударовъ (стр. 57, 60 и 61). Эти свѣдѣнія совершенно не точны: наказаніе розгами до 50 ударовъ существовало въ качествѣ дисциплинарнаго взысканія для всѣхъ нижнихъ воинскихъ чиновъ, состоящихъ въ разрядѣ штрафованныхъ[2]), а взамѣнъ одиночнаго заключенія въ военной тюрьмѣ (отъ 1 до 4 мѣс.) примѣнялось по «временнымъ» правиламъ 1875 г., существующимъ и по настоящее время, не наказаніе розгами на-

[1]) Сводъ мнѣній по вопросу объ отмѣнѣ тѣлесныхъ наказаній, стран. 20, 40, 74—75; о томъ же см. у В. Семевскаго, Необходимость отмѣны тѣлесныхъ наказаній. «Русская Мысль», 1896 г., февраль, стран. 8—12.

[2]) Ст. 18 Устава Дисциплинарнаго, изд. 1869 и 1888 гг., отмѣненная лишь въ 1904 году.

Digitized by Google

значавшееся только штрафованнымъ, а содержаніе подъ арестомъ на хлѣбѣ и водѣ (на срокъ отъ 3 до 8 недѣль)[1]). Что касается заключенныхъ въ дисциплинарные батальоны, то по отношенію къ нимъ наказаніе розгами въ административномъ порядкѣ назначалось и назначается до сихъ поръ до 100 ударовъ[2]).

Наконецъ, надлежитъ отмѣтить еще одну ошибку автора: онъ заявляетъ, что «съ 1893 г. женскую половину Россіи можно считать избавленной — по крайней мѣрѣ, по суду — отъ какихъ бы то ни было тѣлесныхъ наказаній» (стр. 60), тогда какъ по дѣйствующему закону именно въ силу приговора суда ручныя и ножныя оковы налагаются на женщинъ, осужденныхъ въ каторжныя работы безъ срока[3]), и тотъ же законъ справедливо считаетъ это наказаніе тѣлеснымъ[4]).

Всѣ перечисленные недостатки работы г. Гольденберга (вмѣстѣ съ отсутствіемъ во многихъ мѣстахъ точныхъ ссылокъ на источники) значительно понижаютъ ея качество, что нельзя не считать досаднымъ въ виду отмѣченныхъ выше положительныхъ ея сторонъ.

Б. Ба́зилевъ.

П. В. Поповичъ. «Пріобрѣтательная давность по русскому и остз. гр. пр., равно по проекту гражд. уложенія». (Всестороннее теоретическое и практическое выясненіе вопроса на основ. сенатской практики. Проводится новый взглядъ на давность владѣнія, приближающій ее къ инст. въ римскомъ правѣ и оправдывающій ее со стороны права, справедливости и неприкосновенности права собственности, съ чѣмъ согласна и позднѣйшая практика Правит. Сената). Удостоено преміи по опредѣленію профессоровъ юридическаго факультета Императорскаго Варшавскаго университета. Варшава 1913. 2+248 стран.

Какъ видно изъ заглавія, книга представляетъ изъ себя премированную студенческую работу, повидимому, нѣсколько потомъ переработанную. Преміи она несомнѣнно заслуживала. Авторъ добросовѣстно изучилъ русскую (не иностранную) литературу

[1]) Приложеніе II къ ст. 59 Воинскаго Устава о наказаніяхъ (кн. XXII св. Военн. Пост., 1869 г., изд. 1, 2 и 3).
[2]) Ст. 79 кн. XVII Св. Военн. Пост., 1869 г. тѣхъ же изданій («Заведенія военно-тюремныя»).
[3]) Ст. 94 Уст. о ссыльн., по прод. 1906 года.
[4]) Ст. 1 Прилож. къ ст. 30 Улож. о наказ., по прод. 1906 года.

Digitized by Google

и практику Сената и далъ достаточно хорошо исполненную сводку уже сдѣланнаго. Поэтому книга его несомнѣнно является полезною. Къ сожалѣнію, книга обладаетъ и нѣкоторыми недостатками, нерѣдко встрѣчающимися въ студенческихъ работахъ. Таковы: не всегда умѣлое пользованіе источниками и пособіями и ошибки въ законахъ, когда дѣло выходитъ за предѣлы темы автора. Къ числу первыхъ можно отнести: напримѣръ, на страницѣ 75 ссылку «Боровиковскій, Гр. зак.», прим. къ ст. 563, X тома, часть I, послѣ изложенія извѣстнаго рѣшенія Государственнаго Совѣта по дѣлу Бекъ. Боровиковскій, конечно, тутъ не при чемъ: это рѣшеніе вошло въ официальное примѣчаніе къ ст. 563 Зак. Гражд. Другой примѣръ, критикуя извѣстное сенатское рѣшеніе 1902 года № 2, авторъ считаетъ, что ст. 446 IX тома ограждаетъ церковныя земли именно отъ постороннихъ захватовъ, и добавляетъ: «Съ этимъ мнѣніемъ отчасти согласенъ и оберъ-прокуроръ 2-го департамента Правит. Сената И. М. Тютрюмовъ. Онъ (Зак. Гражд., стран. 393, п. 22) пишетъ: «Изъ смысла 401 ст. IX т., гласящей, что церковныя земли всегда остаются неприкосновенной церковной собственностью и ограждаются отъ всякихъ сторонніхъ притязаній, логически вытекаетъ, что церковныя земли неотчуждаемы; онѣ не могутъ утрачиваться силой сторонняго владѣнія, какъ бы оно продолжительно ни было». При повѣркѣ читатель убѣдится, что вся эта цитата будто бы И. М. Тютрюмова, въ дѣйствительности принадлежитъ С. В. Пахману (его извѣстная статья въ Ж. С.-Пб. юрид. общ. 1894 г.). Да знающій читатель и не станетъ въ тезисахъ И. М. Тютрюмова искать выраженій его личныхъ мнѣній—сборники Тютрюмова задаются цѣлью дать читателю существующій въ практикѣ и литературѣ матеріалъ безъ какого бы то ни было критическаго къ нему отношенія. Изъ промаховъ въ законѣ надо отмѣтить мнѣніе автора на 109—110 стр. о томъ, что будто бы законъ 14 іюня 1910 года «уничтожилъ въ принципѣ сословную вотчинную обособленность крестьянскаго населенія», между тѣмъ какъ надѣльныя земли, даже отрубныя, и теперь не крестьянамъ отчуждаться не могутъ. На стр. 177—181 авторъ даетъ образцы разныхъ прошеній по дѣлу объ утвержденіи права собственности по давности владѣнія въ охранительномъ порядкѣ. Тутъ (стр. 181) онъ считаетъ, что кассаціонная жалоба оплачивается гербовой маркой всего въ 75 коп., а не въ 1 р. 25 к., но зато разоряетъ просителя требованіемъ приложить еще одну гербовую марку въ 75 к. на оплату копіи опредѣленія Судебной Палаты, тогда какъ къ кассаціонной жалобѣ должна быть приложена засвидѣтельствованная самой палатой копія опредѣленія, уже оплаченная всякими сборами.

Digitized by Google

Къ недостаткамъ книги, также часто свойственнымъ вообще начинающимъ, надо отнести недостаточность систематизаціи, нѣкоторую безпорядочность въ передачѣ отдѣльныхъ случаевъ судебной практики по какому-либо вопросу, особенно характеренъ въ этомъ отношеніи перечень на стр. 56—57 перерыва и неперерыва давности. Впрочемъ, въ этомъ отношеніи жестоко повинны и такіе опытные и заслуженные цивилисты, какъ В. Л. Исаченко и И. М. Тютрюмовъ. Недостаткомъ систематизаціи объясняется и большая полемика нашего автора со многими писателями по вопросу о толкованіи ст. 563 зак. гр. Онъ доказываетъ, что, если межа совершенно стерлась и одинъ изъ сосѣдей фактически владѣетъ за своей межей, то такое владѣніе не поведетъ къ пріобрѣтенію права собственности. Вопросъ объ этомъ слѣдовало бы перенести въ разсмотрѣніе признака «въ видѣ собственности». Если я фактически владѣю за совершенно изсчезнувшей межей землей сосѣда, но признаю, что я владѣю только той землей, которая принадлежитъ мнѣ по крѣпостнымъ документамъ и признаю, что вся земля за межей не моя, то вопросъ будетъ рѣшаться въ духѣ автора самъ собою и не можетъ давать повода къ полемикѣ автора съ другими писателями. Зато здѣсь авторъ совершаетъ наибольшій промахъ, онъ совершенно забываетъ о томъ, что нашъ законъ о землеустройствѣ (ст. 63 т. X, ч. 3) воспрещаетъ пріобрѣтеніе по давности земель за межу. Дать толкованіе этой далеко не легкой для толкованія статьи входило въ прямую обязанность автора. Впрочемъ, авторъ не останавливается и на межахъ спеціальнаго межеванія. Изъ личныхъ воззрѣній автора стоитъ отмѣтить подниманіе имъ вновь, казалось бы, уже окончательно сданнаго въ архивъ, вопроса о непримѣнимости давности къ церковнымъ землямъ. Воззрѣнія автора не отличаются полною опредѣленностью, ему хочется сдѣлать церковныя земли не подлежащими давностному владѣнію. Онъ не считаетъ доводы Сената въ рѣшеніи 1902 года вполнѣ убѣдительными, допускаетъ тутъ даже прямую ошибку, говоря, что въ историческихъ справкахъ, приведенныхъ въ этомъ рѣшеніи, нѣтъ ни одного прямого указанія по существу дѣла (стран. 102). Между тѣмъ тамъ указывается рѣшеніе 31 октября 1834 года Государственнаго Совѣта, въ которомъ Государственный Совѣтъ положилъ десятилѣтнюю давность оставить въ своей силѣ и по дѣламъ о церковныхъ имѣніяхъ въ Имеретіи, ссылаясь на то, что общій законъ о давности распространяется на Грузію. Съ другой стороны авторъ считаетъ несправедливымъ и рѣшеніе № 2 1893 года, изымавшее церковныя земли отъ дѣйствія давности. Считая, что по ст. 446 тома IX церковныя земли давности не подлежатъ (стран. 106), онъ въ то же время

Digitized by Google

(стран. 101) желаетъ изданія разъясненія или законодательнаго или Сенатскаго, но только такого, которое коснулось бы только будущихъ захватовъ безъ обратной силы. Понятно, что такое разъясненіе вопреки мнѣнію автора возможно только для закона, а не судебной практики. Наибольшую оригинальность свою авторъ самъ указываетъ въ выписанномъ нами выше цѣликомъ заглавномъ листѣ книги. Отреченіе бывшаго собственника — таково основаніе института давности владѣнія. Здѣсь не мѣсто входить вообще въ вопросъ объ основаніи института давности — вопроса вообще методологически труднаго. Во всякомъ случаѣ рѣшеніе Сената № 42 1906 года справедливо было встрѣчено довольно враждебно въ нашей юридической литературѣ, именно за принятіе этого фиктивнаго отказа прежняго собственника за основаніе всего института. Во всякомъ случаѣ книга П. В. Поповича наглядно показываетъ, какъ далеко можетъ повести подобное основаніе, а нужно еще замѣтить, что логически можно бы пойти и еще дальше. Но и въ книгѣ Поповича основаніе это доводится уже до наглядnаго признанія его невѣрности. Достаточно указать на то, что по мнѣнію П. В. Поповича всякій (виндикаціонный) о данномъ имуществѣ искъ къ кому бы то ни было, а вовсе не къ самому только владѣльцу, безусловно препятствуетъ пріобрѣтенію права собственности по давности, «потому что собственникъ таковой защитой имѣнія проявилъ бы свое собственническое отношеніе къ имуществу (44). «Не совсѣмъ понятно, почему не дѣлаетъ П. В. Поповичъ подобнаго же указанія, когда онъ приводитъ примѣры, въ которыхъ Сенатъ отрицаетъ перерывъ давности (стран. 56), напр. когда исковое прошеніе возвращено по формальнымъ недостаткамъ, заочное рѣшеніе потеряло силу за пропускомъ трехъ лѣтъ и т. п. Вѣдь къ этимъ двумъ случаямъ фикція молчаливаго отказа собственника никакъ не примѣнима. Очень характеренъ еще, видимо, сочиненный самимъ авторомъ длинный примѣръ, который на непредубѣжденнаго читателя едва ли произведетъ впечатлѣніе «торжества справедливости». У сына, лица «плутовски» завладѣвшаго 1 сентября 1850 г. участкомъ земли сосѣда отбираетъ имѣніе, предъявившій искъ 31 августа 1912 года нѣкій Поповъ, купившій задавненный было участокъ у двоюроднаго брата племянника первоначальнаго собственника земли, на томъ основаніи, что племянникъ былъ несовершеннолѣтній, потомъ сошелъ съ ума, а двоюродный братъ племянника 20 августа 1912 года черезъ годъ и $11^1/_2$ мѣсяцевъ послѣ своего утвержденія въ правахъ наслѣдства совершилъ запродажную (не купчую!) Попову (146—149). Практическое примѣненіе авторомъ въ настоящей книгѣ «основанія» давности, защищав-

Digitized by Google

шагося имъ еще въ его брошюрѣ — Оправданіе давности и давностнаго владѣнія въ др. римскомъ правѣ. Варшава. 1911, ясно показываетъ несостоятельность этого основанія и этотъ отрицательный результатъ даетъ нѣкоторую научную цѣнность книгѣ, хотя какъ разъ не ту, въ которую вѣритъ самъ авторъ.

А. В. Завадскій.

Т. М. Яблочковъ. Профессоръ Демидовскаго Юридическаго Лицея. Новѣйшія узаконенія. Дополненіе къ 2-му изд. (1912 г.). Учебникъ гражданскаго судопроизводства. 1914 г. 1+43 стран.

Авторъ даетъ краткое и точное содержаніе всѣхъ процессуальныхъ законовъ, вышедшихъ послѣ появленія въ свѣтъ 2 изданія его учебника. Сначала излагается законъ о преобразованіи мѣстнаго суда съ принятіемъ во вниманіе закона о введеніи его въ дѣйствіе. Остальные законы расположены не въ хронологическомъ порядкѣ, а для удобства пользующихся Учебникомъ въ порядкѣ страницъ Учебника, къ которому они относятся. Изложены они однако такъ, что брошюрой можно пользоваться, какъ дополненіемъ и къ другимъ курсамъ. Соотвѣтственно цѣли Учебника брошюра эта не для судебныхъ практиковъ: она не даетъ детальнаго комментарія къ отдѣльнымъ постановленіямъ новаго закона и не останавливается на различныхъ трудностяхъ при толкованіи ихъ, но зато, нужно отдать справедливость составителю, даетъ все самое въ нихъ существенное. Краткая и ясная передача основного содержанія новыхъ законовъ, предназначенная для начинающихъ, и вполнѣ удавшаяся, снабжена мѣстами еще указаніями автора на политико-правовое значеніе того или другого нововведенія. Все это дѣлаетъ брошюру Т. М. Яблочкова цѣннымъ подаркомъ для приступающихъ къ изученію гражданскаго процесса, такъ какъ обиліе новыхъ законовъ за послѣдніе два года сдѣлало всѣ учебники устарѣвшими по фактическому матеріалу[1]) — самый полный и новѣйшій изъ нихъ проф. А. Х. Гольмстена 5-го изданія вышелъ до появленія закона о введеніи въ дѣйствіе закона о мѣстномъ судѣ. Изъ мелочныхъ недостатковъ могу отмѣтить только два. На стран. 36 авторъ дополняетъ 61-ю страницу своего учебника изложеніемъ постановленія закона 28 іюня 1912 года о вознагражденіи пострадавшихъ

---

[1]) Ср. мой очеркъ въ «Вѣстн. Гражд. пр.» 1913 г., №№ 6 и 7.

Digitized by Google

вслѣдствіе несчастныхъ случаевъ служащихъ, мастеровыхъ и рабочихъ на желѣзныхъ дорогахъ, дающаго земскимъ начальникамъ, городскимъ, мировымъ и гминнымъ судьямъ право назначать несовершеннолѣтнимъ особыхъ для даннаго случая опекуновъ и прибавляетъ: «это правило установлено спеціально для ж.-д. дѣлъ, начинаемыхъ по ст. 683, т. X, п. I. (въ новой редакціи), т.-е. по «дѣламъ увѣчнымъ» и касается спеціально лишь до ж.-д. служащихъ, мастеровыхъ и рабочихъ». Тутъ слѣдовало бы отмѣтить, что аналогичное правило установлено и новымъ закономъ о страхованіи рабочихъ 23 іюня 1912 года, ст. 59 Положенія. На стран. 8—9 слишкомъ кратко изложена компетенція волостныхъ судовъ, не упомянуто напр. объ изъятіи изъ ихъ вѣдѣнія исковъ, основанныхъ на крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и засвидѣтельствованныхъ установленнымъ порядкомъ актахъ (ст. 55, п. 2), а главное компетенція ихъ по наслѣдственнымъ дѣламъ передана такъ, что читающій можетъ вывести заключеніе, что волостнымъ судамъ подвѣдомы не только охранительныя, но и спорныя дѣла по наслѣдованію: «безъ ограниченія суммы подчинены волостному суду и дѣла по наслѣдованію и по раздѣлу крестьянскаго надѣла или его принадлежности (п. 5, ст. 54)»; между тѣмъ какъ въ этомъ п. 5, ст. 54 послѣ словъ дѣла по наслѣдованію стоитъ «кромѣ исковыхъ».

А. В. Завадскій.

Законы гражданскіе. Практическій и теоретическій комментарій. Подъ редакціей А. Э. Вормса и В. Б. Ельяшевича. Выпускъ II-ой (ст. 383—441).

Вышедшій съ нѣкоторымъ опозданіемъ вып. 2-й рец. «Комментарія» сугубо вознаградилъ подписчиковъ этого прекраснаго изданія за то ожиданіе, которое было вызвано замедленіемъ въ выходѣ этого выпуска. Печать серьезно обдуманнаго неспѣшнаго труда лежитъ на этомъ предпріятіи.

Вып. 2-й обнимаетъ ст. 383—441 т. X ч. I. Большая часть книги (около 240 стран. изъ 383) обязана сотрудничеству профессора В. Б. Ельяшевича, затѣмъ — Д. С. Розенблюма (около 50 стран.), А. Э. Вормса (около 40 стран.).

Стремленіе редакторовъ этого изданія распредѣлить матеріалъ между спеціалистами соотвѣтствующихъ отдѣловъ права привело къ такому дробленію сотрудничества, что комментированіе даже отдѣльныхъ статей изъ общей группы статей (ст. 400, бар. А. Нольде)

Digitized by Google

и даже отдѣльныхъ пп. одной статьи (ст. 414, п. 2: г. Выставкинъ; ч. 2, ст.430: проф. бар. А. Нольде) распредѣлено между отдѣльными сотрудниками-спеціалистами.

Прочіе сотрудники вып. 2-го: бар. А. Нольде, бар. Б. Нольде, С. І. Добринъ, В. Выставкинъ, І. Веселаго и С. Левинъ, — комментировавшіе единичныя статьи и даже пп. отд. статей,— поддерживаютъ ансамбль, и сохраняютъ «Комментарій» на томъ весьма высокомъ уровнѣ научнаго достоинства, которое придано этому изданію его редакторами.

Реферировать все то сильное и хорошее, что даетъ вып. 2-й «Зак. Гражд.», — значило бы доложить изъ страницы въ страницу содержаніе всей рецензируемой книги. Сколько распутанныхъ контроверзъ, сколько критическихъ замѣчаній, наголову разбивающихъ сенатскую практику, — и все это при безукоризненной ясности слога и исчерпывающей полнотѣ законодательнаго и судебнаго матеріала!

Нельзя особо не отмѣтить интереснѣйшее изслѣдованіе профессора Ельяшевича о содержаніи права собственности на нѣдра земли и юридической природѣ договора уступки этого права третьему лицу. Убѣдительно доказываетъ авторъ, что «право разработки ископаемыхъ есть вещное право присвоенія ихъ». «Непосредственнаго права собственности на ископаемыя ни собственникъ земли, ни другой обладатель права разработки не имѣетъ. Какъ тотъ, такъ и другой пріобрѣтаютъ право собственности на ископаемыя лишь послѣ выдѣленія ихъ изъ земли. Кто безъ права на то копаетъ на чужой землѣ, совершаетъ не кражу чужихъ вещей, а деликтъ sui generis» (стран. 300). (ср. стран. 36—38: продажа «нѣдръ земли» не есть купля-продажа движимостей, а — аренда недвижимости).

Въ связи съ этимъ, авторъ мастерски анализируетъ и вводитъ въ «numerus clausus» вещныхъ правъ нашего отечественнаго права: «вещное право присвоенія» (стран. 300 — нѣдры земли; стран. 308 — дичь; стран. 307 — рыбная ловля). Право присвоенія не примѣнимо къ недвижимости (стран. 181).

Животрепещущій интересъ имѣетъ для русскаго практика изложеніе практики и анализъ тѣхъ отношеній, которыя рождаются лѣсорубочными договорами (стран. 23—33, 263 сл.). Сенатъ учитъ, что право собственности на лѣсъ возникаетъ у покупщика лишь послѣ отдѣленія лѣса отъ земли. Авторъ замѣчаетъ: «Пріобрѣтаетъ ли онъ это право собственности уже съ момента отдѣленія, какъ можно было бы заключить изъ буквальнаго смысла словъ Сената..., или для этого требуется, чтобы лѣсъ поступилъ

Digitized by Google

во владѣніе покупщика — рѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ того, какъ смотрѣть на куплю-продажу русскаго права: считать ли, что у насъ для перехода собственности при куплѣ-продажѣ достаточно одного соглашенія, или требовать для этого и передачи покупщику владѣнія» (стран. 27). Мы лично полагаемъ, что вопросъ о соглашеніи или «traditio» въ области купли-продажи движимости, разрѣшаемый тамъ въ смыслѣ различенія вещей на «species» и «genus», не имѣетъ значенія въ области лѣсорубочнаго договора, ибо разъ продается данный, индивидуально-опредѣленный лѣсъ,— мы уже имѣемъ то, что для genus означаетъ «traditio», т.-е. окончательную и полную индивидуализацію предмета продажи. Съ этой точки зрѣнія, нѣтъ необходимости въ поступленіи лѣса во владѣніе покупщика. Но нѣтъ необходимости и въ «отдѣленіи» лѣса (вѣдь, не о правѣ присвоенія здѣсь идетъ рѣчь!).

Для опредѣленія грани между обязательственнымъ и вещнымъ моментами, важно не отдѣленіе лѣса, а — иной, болѣе ранній моментъ, — осуществленъ ли договоръ продавцомъ лѣса, т.-е. допустилъ ли онъ своего контрагента водвориться въ лѣсу, въ цѣляхъ приступить къ рубкѣ[1]). Ждать еще дальнѣйшихъ дѣйствій отъ продавца нечего, ибо къ большему онъ не обязанъ. Не онъ будетъ «отдѣлять» лѣсъ, не онъ будетъ его передавать. Если его сторожа еще и присутствуютъ въ лѣсѣ для надзора, чтобы рубились напримѣръ только условленныя деревья, — то это не имѣетъ большаго значенія, какъ (не имѣющій юридическаго значенія) контроль, чтобы покупатель не стащилъ того, что ему не принадлежитъ. Если и выговаривается часто, что штабели дровъ не могутъ быть вывезены изъ лѣса до того момента, какъ будетъ произведенъ соотвѣтствующій срочный платежъ, или выговаривается на этотъ случай право продавца отобрать лѣсъ, то это — лишь способъ обезпеченія интересовъ продавца, и чѣмъ болѣе они радикальны, тѣмъ болѣе ясно для насъ, что и по мысли самого продавца, безъ этихъ добавочныхъ условій, лѣсъ долженъ былъ отойти отъ него безвозвратно.

На стран. 49—51 проф. Ельяшевичъ искусно изобразилъ и распуталъ запутанную судебную практику, которая на почвѣ толкованія ст. 386—399 т. X, ч. I проводитъ различіе между «составными частями» и «принадлежностными вещами». Выводъ автора: исходный моментъ въ ученіи о составныхъ частяхъ — физическая, органическая или механическая связь. «Составной

---

[1]) Того же мнѣнія держится Д. М. Мейчикъ, «Вѣстникъ Права» 1913 г., № 45 сл.

Digitized by Google

частью будетъ все то, удаленіе чего будетъ разсматриваться въ оборотѣ, какъ поврежденіе вещи или превратитъ эту вещь въ глазахъ оборота въ другую» (стран. 50).

Мы лично полагаемъ, что, разъ въ этомъ вопросѣ мы опираемся, не столько на постановленіяхъ закона, какъ на общія данныя теоріи, то мы можемъ принять иную концепцію этого понятія.

Вспомнимъ, что римскіе юристы, поднимая вопросъ: что должно считать за составную часть вещи, выставили ученіе объ идеѣ или «понятіи» вещи. Составная часть та, которая необходима для составленія понятія дома или корабля (domus, navis — излюбленные примѣры римскихъ юристовъ). Рѣшающій критерій здѣсь— въ «perpetuum usus» (Zweckbestimmung)[1]) Ulpianus. l. 139 § 1 D.50. 16: «perfecisse aedificium ist videtur, qui ita consummavit (=кто произвелъ все необходимое такъ, что), ut jam in usu esse possit». Физическая связанность сама по себѣ вовсе не необходима, если этого не требуетъ «perpetuus usus». И, съ другой стороны, тѣсная физическая связанность не дѣлаетъ часть составной. Украшенія напримѣръ не суть составныя части (исключенія — фрески). Одна и та же вещь можетъ быть при однихъ условіяхъ — pars aedis, въ другихъ условіяхъ — не быть ей. Напр. «dolia» (винныя бочки) не служатъ perpetuus usus aedificii, и, наоборотъ, — служатъ, если находятся въ винныхъ погребахъ. Философы учатъ, что даже только замкнутое въ «animus» соорудителя (напр. navis) понятіе можетъ считаться за реальность. Это заимствуютъ юристы: взаимная связанность частей обусловливаетъ и опредѣляетъ понятіе вещи. Не надо смотрѣть на большую или меньшую связь физическую и механическую камней и балокъ и проч. Взаимная связанность частей, несмотря на ихъ физическое расторженіе, можетъ сама поддержать понятіе, идею вещи. Несмотря на то, что доски и балки корабля разобраны, они продолжаютъ оставаться его составными частями, сколь долго въ «mens», «animus» собственника, понятіе конкретной вещи продолжаетъ оставаться реальнымъ. Лишь, если домъ разрушенъ до основанія, до земли, если разрушенъ киль корабля, — понятіе не можетъ уже опираться ни на что конкретное и разрѣшается въ абстракцію.

Итакъ, «aedium multa esse, quae aedibus adfixa non sunt» (Ulp. l. 17 pr. Д. 19. 1). «Ea, quae ex aedificio detracta sunt ut reponantur, aedificii sunt» (l. 17 § 10 Д. 19. 1).

Ученіе о составныхъ частяхъ въ настоящее время во многихъ отношеніяхъ разошлось съ ученіемъ римскаго права. Современный

---

[1]) Sokolowsky, Die Philosophie im Privatrecht. Bd. I, §§ 16—23.

Digitized by Google

юристъ не хочетъ знать, чтобы «понятіе» дома по разрушеніи его сохранялось въ «animus dominii». Метафизическія доктрины замѣнились реальнымъ положеніемъ дѣла и воззрѣніями оборота. Но и для современнаго права можно вполнѣ сохранить концепцію составной части, какъ вещи необходимой для «perfectio rei», «perpetuus usus» rei. Нелогично требовать для наличности «составной части», чтобы вещь была «прочно связана» съ почвой или строеньемъ (§ 94 В. G. В.), или физическую связь, при которой она не можетъ быть отдѣлена отъ другой вещи безъ разрушенія или измѣненія въ своей сущности одной изъ нихъ (§ 93 В. G. В.). Вѣдь, не скрѣпы, не гвозди соединяютъ вещи и дѣлаютъ ихъ составными частями дома, а понятіе послѣдняго. Замѣтимъ, что даже В. G. В., въ полномъ согласіи съ римскими ученіями, требуетъ для «perfectio rei» — «perpetuus usus». § 95: «Вещи, связанныя съ строеніемъ лишь для преходящихъ цѣлей, не признаются составными его частями».

Возвращаясь къ прекраснымъ страницамъ комментарія проф. Ельяшевича, замѣтимъ, что авторъ вовсе не придаетъ значенія одной физической связи. Онъ говоритъ (стран. 50) о «воззрѣніяхъ оборота», о томъ, что предметы не должны быть связаны лишь «случайно, ради преходящей цѣли» (стран. 51), имѣя, очевидно, въ виду § 95 В. G. В.

На стран. 65 проф. Ельяшевичъ даетъ такое опредѣленіе понятія принадлежности: «Всѣ движимыя вещи, поставленныя на службу данному земельному участку, предназначенныя для той же хозяйственной цѣли, что и участокъ, должны быть разсматриваемы, какъ вещи, принадлежностныя къ участку. Поэтому и сельскохозяйственный инвентарь ... есть и по дѣйствующему русскому праву принадлежность».

Однако, такое толкованіе слишкомъ смѣло. Оно наталкивается на ст. 401 т. X ч. I, причисляющую с.-х. инвентарь къ самостоятельнымъ движимымъ имуществамъ. Проф. Ельяшевичъ опровергаетъ силу этого возраженія указаніемъ на «необходимость подчеркнуть (въ ст. 401), что эти предметы сохраняютъ, несмотря на хозяйственную связь съ недвижимостью, свое свойство движимаго имущества» (стран. 137). Но указъ 11 октября 1762 г. (11681), показанный въ числѣ источниковъ стт. 388 и 401, говоря, что с.-х. инвентарь надлежитъ «почитать движимымъ имуществомъ», прибавляетъ: «...и раздѣлы онымъ чинить, какъ о движимыхъ имѣніяхъ узаконено», указывая тѣмъ самымъ и цѣль трактовки этихъ имуществъ, въ качествѣ движимости.

На стран. 106—113 проф. Ельяшевичъ настаиваетъ на томъ, что противоположеніе имуществъ благопріобрѣтенныхъ и родо-

Digitized by Google

выхъ является въ русскомъ правѣ исчерпывающимъ: «оно охватываетъ всѣ имущества» (стран. 108).

Мы считаемъ нужнымъ замѣтить, что авторъ упустилъ изъ виду еще третью категорію имуществъ: имущества благонажитыя («пріобрѣтенныя самими владѣльцами»). Юристы-практики, судебныя установленія во главѣ съ Сенатомъ, ученые изслѣдователи (Чебышевъ-Дмитріевъ, Оршанскій, Анненковъ, Побѣдоносцевъ и др.) выдвигаютъ эту особую категорію имуществъ и, въ предѣлахъ ст. 1141 т. X, ч. I, проводятъ различіе между имѣніями благопріобрѣтенными и благонажитыми.

Такого рода юриспруденція, по нашему мнѣнію, неправильна и покоится, какъ нами доказано (см. нашу статью въ «Вопросахъ Права» 1911 г., № 3, стран. 107—131), на игнорированіи всѣхъ установленныхъ наукою герменевтики правилъ. Но разъ эта категорія имуществъ извѣстна русской юриспруденціи, авторъ, думается намъ, долженъ былъ считаться съ этимъ ученіемъ, ибо съ принятіемъ этого послѣдняго связаны важныя юридическія послѣдствія въ области наслѣдованія[1]).

На стран. 154 проф. Ельяшевичъ говоритъ о значеніи иностранныхъ денегъ. «Онѣ лишены главнаго легальнаго признака денегъ — не являются законнымъ средствомъ платежа. Счетъ на иностранную монету во всѣхъ внутреннихъ сдѣлкахъ вовсе запрещается» (ст. 1542; ср. ст. 3 Общ. Уст. счетн.). Было бы умѣстно принять въ соображеніе К. Р. 1912, № 61. Здѣсь вопросъ: «допустимъ ли протестъ векселей, писанныхъ въ Россіи на иностранную валюту на имя лицъ, проживающихъ за границею, но съ назначеніемъ мѣста платежа въ предѣлахъ Имперіи?» — Сенатъ разрѣшилъ утвердительно. Была бы умѣстна и критика этого К. Р., съ точки зрѣнія стт. 1540, 1542 т. X, ч. I и ст. 46 Уст. о векс.

Превосходно и съ исчерпывающей полнотой написанъ проф. Ельяшевичемъ комментарій къ стт. 420—421 т. X, ч. I о сущности права собственности. Мы можемъ только отмѣтить кажущуюся намъ неточность на стран. 281. Однимъ изъ признаковъ права собственности авторъ выдвигаетъ «вѣчность и потомственность», при чемъ опредѣляетъ это понятіе такъ: «вѣчность и потомственность права означаетъ, что нашъ законъ не признаетъ временнаго, срочнаго права собственности». Надо было бы точнѣе сказать, что наше право не знаетъ конструкціи права собственности, точно

---

[1]) Укажемъ, кстати, на случайную погрѣшность на стран. 110: «возможности завѣщать родовое имѣніе одному (?!) изъ нисходящихъ помимо остальныхъ» (зак. 3 іюня 1912 г.). На стран. 126 мысль закона изложена вѣрно.

Digitized by Google

заранѣе ограниченнаго предѣлами жизни извѣстнаго лица. Дѣло, значитъ, не въ «срочности» права собственности, а въ полномочіи опредѣлить по своему усмотрѣнію (законнымъ или завѣщательнымъ преемствомъ) судьбу имущества за предѣлами своей жизни. Въ этомъ послѣднемъ полномочіи — вѣнецъ «вѣчнаго и потомственнаго владѣнія».

Похвально для рецензируемаго изданія то, что представлено и частное международное право, разработка коего поручена проф. бар. Б. Э. Нольде. Его статья: «Вещныя правоотношенія въ международномъ правѣ» (стран. 264—273), обнимающая 1) «Столкновеніе русскаго права и права иностранныхъ государствъ», 2) «Столкновеніе россійскаго общаго и мѣстныхъ правъ», — не оставляетъ желать ничего лучшаго, въ смыслѣ ясности изложенія. Мы хотѣли бы только сдѣлать слѣдующія замѣчанія. Авторъ настаиваетъ: «Вещныя правоотношенія по поводу недвижимостей, находящихся въ Россіи, подчиняются дѣйствію русскаго закона», но въ своей мотивировкѣ упускаетъ главныя статьи: ст. 915 т. X, ч. I и ст. 1281 Уст. Гражд. Судопр. Самъ тезисъ правиленъ, но изложеніе не полно. Надлежитъ вспомнить, что въ Батумской области, въ силу Константинопольскаго трактата, обезпечивающаго населенію этой области всѣ тѣ права, которыми оно пользовалось при турецкомъ владычествѣ, дѣйствуютъ турецкіе законы о землепользованіи и владѣніи. Тамъ даже къ землямъ, состоящимъ въ собственности казны, примѣнима, напр., «эрази-миріе», т.-е. чисто турецкій институтъ. И въ К. Р. 1912, № 115, Сенатъ призналъ, что поземельныя права мѣстныхъ жителей Батумской области подлежатъ обсужденію на основаніи законовъ не Россійской, а Турецкой имперіи, и въ частности, къ этимъ землямъ непримѣнимы законы о давности, неизвѣстные турецкому законодательству.

Конечно, это — мелочь. Но въ такомъ полномъ трудѣ, какъ рец. Комментарій, и этой мелочи должно быть уготовано мѣсто.

Статьи А. Э. Вормса, Объ имуществахъ, принадлежащихъ разнымъ установленіямъ (ст. 413 сл.), и Д. С. Розенблюма, Право участія общаго (стран. 336—383), и въ особенности его критика сенатской практики объ юридическомъ положеніи побережья Чернаго и Азовскаго морей — безупречны во всѣхъ отношеніяхъ.

Въ заключеніе намъ остается пожелать, чтобы то доброе дѣло, которое предпринято изданіемъ З. М. Зильберберга и выполняется съ такою безукоризненной добросовѣстностью редакторами Комментарія, было довершено до конца. Уже теперь каждый вновь вышедшій выпускъ — праздникъ въ юридическихъ кругахъ.

Digitized by Google

Когда же завершится весь предпринятый трудъ, мы будемъ имѣть въ русской литературѣ такой комментарій, равнаго которому, по оригинальности замысла, трудности и тщательности выполненія, не имѣется, насколько намъ извѣстно, даже на Западѣ.

Т. М. Яблочковъ.

Проф. А. Х. Гольмстенъ. Юридическія изслѣдованія и статьи. Томъ второй. С.-Пб. 1913. Стран. 6+467.

31 мая 1913 года должно считать моментомъ появленія въ свѣтъ второго тома «Юридическихъ изслѣдованій и статей» профессора А. Х. Гольмстена. Такую дату указываетъ самъ авторъ въ предисловіи къ книгѣ. Въ этомъ указаніи нельзя не видѣть желанія его пріурочить выпускъ новаго тома собранія своихъ трудовъ къ исполнившемуся именно въ этотъ день сорокалѣтію ученo-литературной его дѣятельности. Этой книгѣ, такимъ образомъ, самъ авторъ придаетъ значеніе пересмотра своихъ трудовъ за прошлое время. Пересмотръ не охватываетъ, однако, всѣхъ сорока лѣтъ, но лишь половину. Труды за первое двадцатилѣтіе собраны были еще въ 1894 году[1]); книга эта и составляетъ первый томъ по отношенію къ нынѣ выпущенному второму. Оба тома не представляютъ, заснмъ, полнаго итога за каждый изъ охватываемыхъ ими періодовъ ученo-литературной дѣятельности автора. Сводка матеріаловъ, касающихся ея, произведенная въ маѣ мѣсяцѣ настоящаго года, указываетъ массу работъ, не включенныхъ авторомъ въ два изданныхъ тома[2]). Среди этихъ отдѣльно стоящихъ трудовъ есть такіе общеизвѣстные, какъ учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства и дополненія къ Русскому гражданскому праву Д. И. Мейера. Появившіяся до сихъ поръ пять изданій Учебника представляютъ все болѣе и болѣе развивающуюся стройно-логическую систему процессуальнаго права, въ основу которой положены понятіе о процессѣ какъ юридическомъ отношеніи и принципъ тождества въ гражданскомъ процессѣ, выдвинутый и спеціально изслѣдованный нашимъ авторомъ.

Въ первомъ томѣ были собраны работы, раздѣленныя авторомъ на пять категорій: по общей теоріи права, по праву обычному, гражданскому, торговому и по гражданскому процессу. Въ этомъ томѣ помѣщено было свыше 20 работъ. Наибольшее мѣсто среди

[1]) Юридическія изслѣдованія и статьи, X+II+533, С.-Пб., 1894.
[2]) См. мою брошюру «Проф. А. Х. Гольмстенъ», С.-Пб., 1913, стран. 14—21.

Digitized by Google

нихъ заняли двѣ диссертаціи: о душеприказчикахъ (стр. 105—216) и принципъ тождества въ гражданскомъ процессѣ (стр. 251—381). Работы по гражданскому процессу запялп почти двѣ трети книги.

Въ нынѣ вышедшемъ второмъ томѣ «Юридическихъ изслѣдованій и статей» нѣтъ прежняго раздѣленія по спеціальностямъ. Книга объемомъ въ 467 страницъ заключаетъ въ себѣ 14 работъ. Изъ нихъ половину составляютъ труды, относящіеся непосредственно къ гражданскому праву и процессу. Вторая половина по числу статей (стр. 407—467) отведена работамъ біографическаго характера, но также по преимуществу относящимися къ тѣмъ же научнымъ областямъ.

Первое мѣсто въ новомъ томѣ по справедливости отведено «Ученію о правѣ кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ, въ современной цивилистической литературѣ». Работа на эту тему появилась въ видѣ отдѣльной книги еще въ 1894 году. Книга эта давно уже стала библіографическою рѣдкостью. Между тѣмъ значенія своего для науки она не утеряла и до настоящаго времени. Не принимая на себя всесторонней разработки института, извѣстнаго подъ именемъ «actio Pauliana», авторъ при изслѣдованіи ограничивается лишь научно-литературнымъ матеріаломъ, иначе говоря, теоріями, до него предложенными, не обойдясь, впрочемъ, безъ обращенія какъ къ римскому праву, такъ и къ современнымъ законодательствамъ. Основной вопросъ, къ рѣшенію котораго стремится авторъ, заключается въ томъ, какъ объяснить съ юридической точки зрѣнія вмѣшательство неучаствовавшаго въ сдѣлкѣ лица въ дѣло заключенія ея, иначе говоря, — на чемъ основывается и когда существуетъ право кредитора опровергать сдѣлку, совершенную его должникомъ съ третьимъ лицомъ? Пеструю массу ученій объ основаніи такого права авторъ сводитъ къ тремъ теоріямъ: деликтной, теоріи исключительной охраны интересовъ кредиторовъ и теоріи исполнительной силы судебнаго рѣшенія. Суровый приговоръ автора надъ деликтной теоріею вызвалъ въ свое время возраженія со стороны проф. Д. Д. Гримма; въ нынѣшнемъ изданіи своей работы авторъ рѣшительно отвергаетъ эти возраженія. Съ прежнимъ осужденіемъ относится онъ и къ двумъ остальнымъ группамъ ученій. Отвергнувъ чужія конструкціи, авторъ предлагаетъ свою, именуя ее теоріею судебно-залоговою. Противъ нея въ свое время высказывались проф. Д. Д. Гриммъ и Е. В. Васьковскій[1]). Отвѣтъ на сдѣланныя ими замѣчанія авторъ ввелъ въ пространныя примѣчанія нынѣшняго

[1]) «Журн. Юрид. Общества» 1894, кн. 5, стран. 12 сл.; «Журн. Министерства Юстиціи», 1895, кн. 5, стран. 191 сл.

Digitized by Google

изданія своей работы въ составѣ II тома «Юридическихъ изслѣдованій». Въ этихъ полемическихъ частяхъ заключается элементъ, отличающій это изданіе работы объ actio Pauliana отъ первоначальнаго. Основъ теоріи онѣ не измѣняютъ, но лишь подчеркиваютъ настоятельность убѣжденія автора въ правильности ея. Основаніемъ права кредитора опровергать акты должника, по объясненію автора, является нарушеніе должникомъ права судебнаго залога, принадлежащаго взыскателю. Установляется это залоговое право рѣшеніемъ суда по иску кредитора. Отъ момента установленія оно имѣетъ обратную силу къ моменту совершенія опровергаемаго акта; оно предполагается уже существовавшимъ въ моментъ совершенія акта и самый актъ — совершеннымъ въ нарушеніе его. Это, — прямо говоритъ авторъ, — несомнѣнно, фикція. Въ отвѣтъ на возраженія по этому поводу, сдѣланныя въ литературѣ авторъ въ нынѣшнемъ изданіи, заявляетъ себя убѣжденнымъ сторонникомъ фикціи; онъ энергично настаиваетъ на примѣнимости здѣсь фикціи, по которой извѣстное обстоятельство разсматривается какъ совершившееся не тогда, когда дѣйствительно совершилось, а ранѣе того, т.-е. когда оно еще не совершилось. При actio Pauliana, — объясняетъ онъ, — судебный залогъ установленъ сегодня, а разсматривается онъ какъ установленный непосредственно передъ совершеніемъ акта in fraudem creditorum. Такая ретроактивность установленія судебнаго залога понадобилась автору для того, чтобы поставить кредитора въ такое же положеніе, въ какомъ находятся лица, пріобрѣвшія имущество отъ должника уже послѣ установленія права судебнаго залога. Иными словами авторъ указываетъ, что и раньше того времени, какъ будетъ уваженъ искъ кредитора объ опроверженіи сдѣлки его должника съ третьимъ лицомъ, существуетъ уже право на таковое опроверженіе; въ ожиданіи будущаго судебнаго подтвержденія уже принимается подъ судебную защиту тотъ кредиторъ, in fraudem котораго учинена сдѣлка его должникомъ. Но такимъ путемъ конструкція А. Х. Гольмстена, несмотря на упреки, ею вызывавшіяся, приноситъ свою пользу: она указываетъ то направленіе, по которому должно итти изслѣдованіе проблемы, имъ освѣщенной; она говоритъ о необходимости считаться съ существованіемъ права, ограждаемаго уже въ настоящій моментъ изъ-за того лишь, что въ будущемъ ожидается окончательное сформированіе этого права. Это одинъ изъ тѣхъ случаевъ, которые дѣлаютъ практически важнымъ тщательное изслѣдованіе понятія «Wartrecht»; несмотря на труды, въ этомъ направленіи совершенные, — въ томъ числѣ и докторомъ Гейдельбергскаго Университета Г. А. Семекою-Максимовичемъ, нынѣ Приватъ-Доцентомъ Харьковскаго Универ-

Digitized by Google

ситета[1]), — это понятіе едва ли начало выходить изъ области чисто теоретической въ практику освѣщенія больныхъ вопросовъ юриспруденціи. Къ числу ихъ нельзя не отнести и вопросъ объ основаніи права кредитора опровергать сдѣлки должника. Фикція не разъ обнаруживала свою цѣлесообразность. Не есть ли это лишь одна изъ тѣхъ временныхъ мѣръ, къ которымъ обращаются впредь до выработки постояннаго положенія? А мѣры эти какъ извѣстно, бываютъ нерѣдко и очень живучи. Пусть фикція судебнаго залога и вызываетъ нареканія противъ себя, какъ конструкціи, покоящейся на несуществующемъ фундаментѣ и поддерживаемой вымышленными подпорами. Но это не отнимаетъ у нея научнаго значенія. Теорія судебнаго залога есть указатель правильнаго пути для дальнѣйшаго изслѣдованія и погасительный крестъ надъ тѣми поисками, которые до нея производились.

Не согласившись съ правильностью чужихъ ученій и съ критикою своего, оставаясь и въ этомъ новомъ изданіи работы при прежней своей теоріи, авторъ засимъ изслѣдуетъ цѣлый рядъ вопросовъ, возникающихъ при опроверженіи кредиторомъ сдѣлокъ должника и по поводу этого опроверженія. Нѣтъ надобности теперь, отмѣчая появленіе второго изданія этой работы, описывать и разбирать содержаніе ея. Въ свое время это было сдѣлано въ двухъ уже указанныхъ рецензіяхъ. Въ свое время за этимъ трудомъ уже было признано крупное научное значеніе «цѣнной пищи мысли»; оцѣнивалась работа какъ заслуживающая полнаго вниманія, подвинувшая впередъ ученіе, которому она посвящена, выведшая его на теоретически правильный и практически удобный путь. Двадцать лѣтъ, — приходится констатировать, — не сдѣлали эту работу излишнею и даже старою. Новое опубликованіе работы объ опроверженіи кредиторомъ сдѣлокъ должника является очень цѣннымъ. Въ пыли времени она не должна оставаться. Польза науки и практики требуетъ вниманія къ этой работѣ. Второй томъ «Юридическихъ изслѣдованій и статей» А. Х. Гольмстена, заключающій ее въ себѣ, уже по одному этому долженъ быть отмѣченъ какъ желанное явленіе въ нашей литературѣ. Но это лишь первое, что даетъ право интересоваться новою книгою. Цѣнно засимъ и дальнѣйшее ея содержаніе.

Слѣдуя порядку, въ ней указанному, отмѣтимъ прежде всего статью «Опытъ построенія общаго ученія о правѣ регресса» (стр. 157—186). Право регресса представляетъ полную свѣжесть новизны какъ предметъ изслѣдованія; даже богатая германская литература не разработала общаго ученія объ этомъ; высказывалось

---

[1]) См. «Вѣстникъ Гражд. права», 1913, кн. 3, стран. 134.

Digitized by Google

даже воззрѣніе, что регрессъ нельзя изобразить какъ единый юридическій институтъ, что одинаково лишь наименованіе, основаніе же и послѣдствія его въ различныхъ случаяхъ различны; проф. Эккъ, высказавшій такой взглядъ, насчиталъ четыре такихъ случая. Съ этимъ мнѣніемъ проф. А. Х. Гольмстенъ не согласился; онъ взялъ на себя задачу построить общее понятіе о правѣ регресса. Этотъ «опытъ построенія» помѣщенъ былъ впервые въ «Журналѣ Министерства Юстиціи» (1911 г.). Всѣ случаи регресса сводитъ онъ въ три категоріи. Къ первой относитъ онъ тѣ случаи, когда нѣкоторая сумма уплачена регредіентомъ третьему лицу за счетъ регрессата и потому должна быть возвращена первому; одинъ изъ нѣсколькихъ случаевъ, сюда относящихся, представляетъ, напримѣръ, регрессъ поручителя къ должнику, за счетъ котораго онъ уплатилъ кредитору. Во вторую категорію ставитъ авторъ случаи, когда сумма получена регрессатомъ отъ третьяго лица за счетъ регредіента, а потому должна быть выдана послѣднему; сюда отнесенъ, напримѣръ, регрессъ солидарныхъ сокредиторовъ къ тому изъ нихъ, кто получилъ долгъ за счетъ остальныхъ. Наконецъ, третья группа образуется изъ тѣхъ случаевъ, когда уплаченная сумма подлежитъ возврату регрессатомъ регредіенту вслѣдствіе совершенія третьимъ лицомъ дѣйствія, аннулирующаго исполненіе регрессатомъ главнаго обязательства; примѣръ этой группы — то право регресса, которое пріобрѣтаетъ покупщикъ къ продавцу (evictio), когда вступщикъ докажетъ свое право собственности. Произведя такую систематизацію случаевъ регресса, авторъ доказываетъ, что каждый изъ нихъ, какъ бы своеобразенъ ни былъ, содержитъ въ себѣ общіе признаки. Такихъ признаковъ усматриваетъ онъ четыре. Каждый изъ нихъ подвергаетъ онъ тщательной характеристикѣ, оправдывающей включеніе всѣхъ ихъ въ опредѣленіе общаго понятія. Собравъ воедино характерныя черты и создавъ такимъ путемъ общее опредѣленіе, авторъ засимъ подвергаетъ разсмотрѣнію отдѣльные моменты жизни права регресса: его возникновеніе, бытіе, осуществленіе, охраненіе и прекращеніе. Отъ вдумчивѣйшаго анализа отдѣльныхъ случаевъ поднялся авторъ до широкаго обобщенія, произвелъ тончайшую работу юридическаго мышленія. Богатство матеріала и полетъ мысли, его охватившей, нашли себѣ выраженіе лишь въ «сжатомъ очеркѣ». Бо̀льшій просторъ изображенія здѣсь былъ, однако, прямо необходимъ; онъ облегчилъ бы для читателя возможность слѣдить за мыслью автора по мѣрѣ ея развитія. Проникнуть же въ пути его изслѣдованія является, — нельзя не отмѣтить, — дѣломъ большого труда. Происходитъ это вслѣдствіе метода построенія работы. Авторъ не ве-

Digitized by Google

детъ своего читателя за собою, а заставляетъ его сразу подняться въ ту высь, до которой самъ авторъ, конечно, шелъ долгимъ и медленнымъ ходомъ мысли. Съ первыхъ же строкъ изображается выводъ автора и только послѣ того слѣдуетъ вразумленіе въ правильности и значеніи вывода. Въ работѣ о «регрессѣ» нашъ маститый авторъ повторилъ пріемъ изображенія, хорошо припоминающійся каждому, кто изучалъ другой ему же принадлежащій трудъ «Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства». Съ первой же страницы предлагается усвоить идею: «гражданскій процессъ есть юридическое отношеніе...». Но какъ дошелъ авторъ до этой мысли, своему читателю онъ не показываетъ, не предоставляетъ ему проникнуться этою мыслью тѣмъ же путемъ, какимъ самъ дошелъ до нея.

Можно отъ души пожелать автору, чтобы то, что дано въ «сжатомъ очеркѣ» о регрессѣ, имъ же самимъ было обращено въ подробное изслѣдованіе, которое сдѣлало бы доступными болѣе широкому кругу читателей цѣнные результаты работы автора. Это желательно въ интересахъ привлеченія новыхъ изслѣдователей на почву, указанную и разработанную авторомъ. Взносъ, имъ сдѣланный, является цѣннымъ для науки; научный интересъ представляла бы эта работа и за предѣлами русской рѣчи.

Воспроизведена во второмъ томѣ «Изслѣдованій» работа, предназначавшаяся въ свое время къ тому, чтобы въ день университетскаго праздника возвѣстить объ одномъ изъ явленій, свидѣтельствующихъ противъ обвиненій науки въ отчужденіи отъ жизни. Работа эта озаглавлена «Участіе представителей юридической науки въ отправленіи гражданскаго правосудія». Предъ умственнымъ взоромъ читателя, замѣняющаго слушателя, по независящимъ обстоятельствомъ отсутствовавшаго, проводитъ авторъ цѣлый рядъ историческихъ эпохъ, когда юристъ-ученый, не становясь непосредственно судебнымъ дѣятелемъ, высказывалъ свое сужденіе по вопросу, въ судебномъ процессѣ возникшему. Воспроизводится дѣятельность римскаго юриста съ его responsa prudentium, средневѣковыхъ юристовъ Италіи и Германіи съ ихъ consilia sapientium, практика примѣненія института «Actenversendung», благодаря которому использованы были не разъ университетскія коллегіи юридическихъ факультетовъ для рѣшенія вопросовъ практической юриспруденціи. Ярко изображена аналогичная дѣятельность и нашихъ россійскихъ юристовъ со времени введенія судебныхъ уставовъ.

Послѣдняя работа вноситъ существенное дополненіе къ характеристикѣ почтеннаго автора, которая, volens-nolens, производится при ознакомленіи съ собраніями трудовъ. Теоретичность и склон-

Digitized by Google

ность къ отвлеченному мышленію, хотя бы и въ области вопросовъ практическаго значенія, не подавляютъ въ нашемъ авторѣ живѣйшаго интереса къ практикѣ жизни, сознанія общественнаго долга ученаго юриста проявлять свою долю участія въ рѣшеніи входящихъ въ его компетенцію проблемъ живой дѣйствительности. О такой связи ученаго съ жизнью ярко говоритъ уже такая статья изъ числа помѣщенныхъ во второмъ томѣ «Изслѣдованій», какъ «Принятіе наслѣдства или отреченіе отъ наслѣдства?» Въ этой статьѣ, помѣщенной въ 1905 г. въ «Юридической газетѣ», авторъ прямо даетъ рѣшеніе одного изъ дѣлъ нашей судебной практики. Вопросъ, подлежавшій рѣшенію, заключался въ томъ, какъ надо юридически квалифицировать данныя дѣйствія: надо ли было видѣть въ нихъ принятіе наслѣдства или же отреченіе отъ него? Исчерпывающимъ образомъ устанавливаетъ онъ юридическіе признаки принятія наслѣдства въ двухъ формахъ — положительной и отрицательной, въ видѣ отказа отъ права на наслѣдственное имущество въ пользу опредѣленныхъ наслѣдниковъ. Столь же тщательно анализируется засимъ отреченіе отъ наслѣдства. Произведя такое сопоставленіе этихъ антиподовъ отношенія къ наслѣдству и примѣняя выводы къ рѣшенію разсматриваемаго дѣла, авторъ категорически усматриваетъ въ немъ отреченіе отъ наслѣдства. Попутно сдѣлано цѣнное замѣчаніе о юридической квалификаціи «уродливой» юридической фигуры, извѣстной нашему праву, улиточной записи; въ настоящее время, — нельзя не отмѣтить, — это явленіе подвергнуто уже спеціальной разработкѣ; сдѣлалъ это бар. А. Э. Нольде въ «Вѣстникѣ Гражданскаго Права» 1913, кн. 5, стр. 34—53.

Практическимъ поводомъ, насколько намъ извѣстно, вызвана и другая работа изъ помѣщенныхъ въ настоящемъ сборникѣ. Это — «Три вопроса древняго литовскаго гражданскаго права». Вопросы эти касаются родовыхъ имуществъ, перехода наслѣдственнаго имущества изъ одного рода въ другой и предѣловъ наслѣдованія въ боковыхъ линіяхъ.

Отраженіемъ участія автора непосредственно въ законодательной работѣ является трудъ именуемый: «Предварительный проектъ законоположеній о частныхъ производствахъ и вызванныхъ имъ измѣненій въ другихъ частяхъ устава гражданскаго судопроизводства». Кромѣ проектированныхъ нововведеній и измѣненій въ уставѣ гражданскаго судопроизводства, здѣсь имѣется подробная объяснительная записка; въ ней заключается прежде всего развитіе собственныхъ воззрѣній автора, представляющихъ примѣненіе на практикѣ консеквенцій его основныхъ ученій о существѣ процесса и принципѣ тождества; кромѣ того,

Digitized by Google

принятъ во вниманіе и богатый матеріалъ какъ литературы, такъ и иностранныхъ законодательныхъ работъ, особенно по австрійскому праву. Работа эта произведена по порученію Высочайше учрежденной комиссіи для пересмотра законоположеній по судебной части. Какъ отнеслась комиссія къ этому проекту, практическаго значенія не имѣетъ, ибо проекты самой комиссіи не получили силы закона, за исключеніемъ, впрочемъ, лишь тѣхъ отдѣльныхъ частей, которыя, подъ общимъ флагомъ преобразованія мѣстнаго суда, проведены въ законъ 15 іюля 1912 г. «попутно», хотя и не относятся къ мѣстному суду.

Остальныя работы, помѣщенныя во второмъ томѣ «Изслѣдованій и статей», исполнены на біографической канвѣ. Въ нѣкоторыхъ изъ нихъ біографическій характеръ болѣе силенъ, но всѣ онѣ представляютъ интереснѣйшіе и полезнѣйшіе для изученія очерки ученой дѣятельности личностей, памяти которыхъ они посвящены. Представляя научный интересъ изображенія того, что внесено въ науку, — по преимуществу гражданскаго права и судопроизводства, — воскрешаемыми въ памяти читателя учеными, статьи, имъ посвященныя, не могутъ не вызывать убѣжденія въ заслугахъ ихъ передъ наукою и въ полномъ основаніи воспроизводить имъ литературные памятники. На страницахъ рецензируемой книги увѣковѣчены К. Д. Кавелинъ въ статьѣ «Слѣды Гегелевой философіи въ трудахъ Кавелина въ области правовѣдѣнія», С. В. Пахманъ, Д. И. Мейеръ, Оскаръ Бюловъ, основатель современной науки гражданскаго процессуальнаго права, первымъ послѣдователемъ котораго въ Россіи явился самъ авторъ книги, далѣе С. А. Бершадскій, Л. Б. Дорнъ, Е. А. Нефедьевъ, К. Н. Анненковъ и А. И. Вицынъ.

Приведенныя данныя не могутъ не свидѣтельствовать и о книгѣ, и объ авторѣ ея. Благодаря богатству содержанія, книга даетъ ея обладателю и читателю возможность имѣть подъ рукою цѣлую библіотеку трудовъ полезныхъ для изученія массы вопросовъ, въ нихъ разработанныхъ, для ознакомленія съ образцами глубокаго анализа сложныхъ явленій. Какъ собраніе произведеній за послѣдніе годы, книга ясно показываетъ, что въ лицѣ автора русская наука имѣетъ выдающагося ученаго, съ неутомимою энергіею продолжающаго обогащать ее цѣнными взносами и, тѣмъ самымъ, поддерживать и повышать свою почетную извѣстность учеными трудами.

Проф. *Влад. Гордонъ.*

Digitized by Google

Книги, полученныя редакціей.

Н. Г. Вавинъ. Зачетъ обязательствъ. 2-е изданіе. Москва. 1914. Цѣна 75 к.

Законы гражданскіе. Практическій и теоретическій Комментарій подъ редакціей А. Э. Вормса и В. Б. Ельяшевича. Выпускъ первый, (стран. 1—130). Выпускъ второй, (стран. 383—441). Москва. 1913.

Н. Казимировъ. Школьныя зданія въ Московской губерніи. Описаніе зданій земскихъ и церковно-приходскихъ школъ. Матеріалы по статистикѣ Московской губерніи. Москва. 1913.

Труды Юридическаго Общества при Императорскомъ С.-Петербургскомъ Университетѣ издав. подъ редакціей М. М. Винавера при ближайшемъ участіи В. М. Гессена и В. Д. Набокова. *Томъ VII* (первое полугодіе 1913 г.). С.-Петербургъ. 1913. Цѣна 1 руб. 50 коп.

Giorgio del Vecchio prof. Il fenomeno della guerra e l'idea della pace. Torino. 1911.

G. del Vecchio. Sulla positività come carattere del diritto. Modena. 1911.

G. del Vecchio. Il progresso giuridico. Roma. 1911.

G. del Vecchio. Il concetto del diritto. Bologna. 1912.

Dr. G. del Vecchio. Über einige Grundgedanken der Politik Rousseau's. Berlin und Leipzig. 1912.

Издатель: Юридическое Общество
при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Редакторъ *Б. А. Кистяковскій.*

Digitized by Google

Приложеніе.

Протоколы засѣданій Общества имени А. И. Чупрова для разработки Общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Журналъ Общаго Собранія Общества имени А. И. Чупрова для разработки Общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Засѣданіе 4 апрѣля 1913 года.

Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ.**
Присутствовали 27 членовъ Общества.

Заслушанъ докладъ **В. А. Косинскаго** «Земельная задолженность въ капиталистическихъ и трудовыхъ хозяйствахъ».

Послѣ доклада состоялись пренія, въ которыхъ приняли участіе **З. С. Каценеленбаумъ, С. Н. Прокоповичъ, Н. П. Макаровъ, А. В. Чаяновъ.** Сущность преній сводилась къ слѣдующему.

З. С. Каценеленбаумъ, соглашаясь съ конечнымъ выводомъ докладчика объ особенностяхъ трудового хозяйства въ сравненіи съ капиталистическимъ, сомнѣвается, чтобы это можно было доказать путемъ приложенія Марксовскихъ схемъ. Докладчикъ упускаетъ моментъ прибыли на капиталъ, участвующій и въ трудовомъ хозяйствѣ. Если принять во вниманіе этотъ моментъ, трудовое хозяйство теряетъ свое преимущество передъ капиталистическимъ въ смыслѣ возможности уплаты болѣе высокой цѣны за землю — и для него цѣна земли явится тогда лишь капитализированной рентой, но не капитализированной рентой плюсъ капитализированная прибыль. Докладчикъ не совсѣмъ правъ въ своей концепціи кредита; нельзя кредиту приписывать производительность; производителенъ трудъ, но не его денежное выраженіе. Кромѣ того, теорія кредита разработана значительно шире въ экономической литературѣ, чѣмъ то полагаетъ докладчикъ. Указанія на убыточность ипотечнаго кредита получены путемъ искусственнаго преуменьшенія доходности земли. Если землевладѣлецъ платитъ банку 6%, то его земля, очевидно, даетъ не 5% дохода, какъ предполагаетъ докладчикъ, а 7%. Убыточность ипотечнаго кредита вызывается не тѣмъ, что земля низко оцѣнивается, а тѣмъ, что взятый изъ ипотечныхъ учрежденій капиталъ расходуется непроизводительно. Главнымъ же образомъ недовольство аграріевъ было вызвано паденіемъ земельной ренты. Если трудовое хозяйство будетъ производительно расходовать взятыя

Digitized by Google

изъ ипотечныхъ банковъ деньги, то оно не будетъ страдать отъ ипотечной задолженности. Въ противномъ случаѣ его не спасутъ и высшія оцѣнки земель. Вполнѣ возможенъ учетъ капиталовъ и въ трудовомъ хозяйствѣ.

С. Н. Прокоповичъ указывалъ, что въ примѣрахъ докладчика невѣрно то положеніе, что изъ двухъ хозяйствъ, изъ которыхъ одно работаетъ на свой капиталъ, другое на занятый, второе является экономически болѣе мощнымъ. Невѣрно также положеніе докладчика, что кредитъ ослабляетъ сельскохозяйственныя предпріятія. Въ примѣрахъ доклада есть ариѳметическія ошибки. Докладчикъ не различаетъ экономическихъ моментовъ отъ соціальныхъ — можетъ быть это связано съ міровоззрѣніемъ докладчика; въ частности не проводится различія между моментами техническимъ, экономическимъ и соціальнымъ въ понятіи капитала и игнорируется экономическій моментъ. Концепція докладчика отрицаетъ возможность въ деревнѣ %-наго кредита, между тѣмъ какъ и въ трудовомъ хозяйствѣ средства производства являются капиталомъ, на который начисляются %%. Едва ли велика разница, что въ капиталист. хозяйствѣ %% начисляются и на заработную плату. И въ капиталистическомъ хозяйствѣ капиталъ не запасается сразу. Безсодержательна фраза «быть своимъ собственнымъ работодателемъ» въ соціальномъ смыслѣ слова, но далеко не безсодержательна она въ экономическомъ смыслѣ слова. Рента вполнѣ допустима въ сельскомъ хозяйствѣ, какъ и во всякомъ другомъ.

Н. П. Макаровъ находилъ, что докладчикъ не затронулъ одной важной проблемы — соотношенія между тѣмъ, что теоретически называется трудовымъ хозяйствомъ, и тѣмъ, чѣмъ въ дѣйствительности является крестьянское хозяйство. Крестьянскія хозяйства то обнаруживаютъ тенденцію къ переходу въ капиталистическую форму, то наоборотъ, приближаются къ пролетарскому типу, встрѣчающемуся въ раіонахъ интенсивнаго хозяйства. Такимъ образомъ крестьянское хозяйство не есть тѣмъ самымъ хозяйство трудовое въ чистомъ смыслѣ слова.

А. В. Чаяновъ указалъ на сложную структуру крестьянскаго хозяйства, въ которомъ на трудъ вліяетъ цѣлый рядъ причинъ. Такъ напр. число ѣдоковъ вліяетъ повышающе на трудовыя затраты работника. Съ другой стороны, въ крестьянскомъ хозяйствѣ имѣетъ огромное значеніе трудовая сила семьи въ капиталистическомъ — сила капитала. Тамъ надо использовать трудъ, здѣсь капиталъ.

Въ защиту доклада были приведены **В. А. Косинскимъ** слѣдующія соображенія. Теорія докладчика, часть которой изложена въ докладѣ, есть плодъ 7-лѣтней работы. Нельзя ставить упрековъ въ отсутствіи конкретнаго матеріала — его собрано много и лишь ограниченность времени мѣшаетъ привести соотвѣтственныя выдержки. Выводъ доклада — трудовое хозяйство въ сельскохозяйственной сферѣ захватываетъ параллельно съ интенсификаціей хозяйства все болѣе широкое поле (примѣръ С. А. С. Ш.). Хотя трудовое хозяйство не совсѣмъ совпадаетъ съ крестьянскимъ, но основныя черты перваго существуютъ во второмъ, и потому можно говорить о трудовомъ хозяйствѣ вообще, какъ о реальномъ явленіи. Говорить объ учетѣ капитала въ трудовомъ хозяйствѣ нельзя; здѣсь доминируютъ интересы труда — стремленіе къ повышенію трудового дохода. С. Н. Прокоповичъ самъ говоритъ въ своей работѣ о существованіи безпроцентныхъ ссудъ въ деревнѣ. Въ кооперативныхъ предпріятіяхъ не существуетъ момента начисленія процента на капиталъ. Паденіе земельной ренты, имѣвшее мѣсто въ прошломъ, не наблюдается нынѣ въ Германіи. Схемы доклада не вполнѣ совпадаютъ со схе-

Digitized by Google

мами Маркса; докладчикъ не признаетъ теоріи цѣнности Маркса. Пользованіе кредитомъ можетъ, конечно, оказаться губительнымъ для тѣхъ, кто имъ пользуется, въ моментъ кризиса — но докладъ считается для своихъ теоретическихъ конструкцій съ нормальнымъ положеніемъ рынка. Докладчикъ имѣетъ въ виду чисто техническое понятіе капитала, въ трудовомъ хозяйствѣ капиталъ именно и играетъ такую роль; въ капиталистическомъ на него, кромѣ того, начисляется процентъ. Въ заключеніе своихъ возраженій и указывая еще разъ на жизнеспособность трудового хозяйства въ сельскохозяйственной сферѣ, докладчикъ призывалъ къ его изученію.

Послѣ преній послѣдовало резюме Предсѣдателя, предложившаго выразить искреннюю благодарность докладчику и за прочитанный имъ докладъ, и за его готовность спеціально для доклада пріѣхать на засѣданіе Общества изъ Кіева. Въ то же время Предсѣдатель отмѣтилъ интересную постановку вопроса о большей прибыльности предпріятій, работающихъ съ заемнымъ капиталомъ.

Предсѣдатель *Н. Каблуковъ.*

Секретарь *Н. Пѣтуховъ.*

Засѣданіе 22 апрѣля 1913 года.

Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ.**
Присутствовали 21 членъ Общества.

Заслушанъ докладъ **А. Н. Анцыферова** «Центральные Банки Кооперативнаго Кредита».

Тезисы доклада:

1. Основныя практическія задачи Центральнаго Банка Кооперативнаго Кредита состоятъ: въ перемѣщеніи капиталовъ между кооперативными учрежденіями; въ извлеченіи недостающихъ для кооперативнаго оборота средствъ съ общаго денежнаго рынка; въ регулированіи высоты ссуднаго процента; въ усвоеніи, въ интересахъ кооперації, банковой техники и въ экстенсивномъ и интенсивномъ расширеніи кооперативной организаціи.

2. Спеціальное Государственное Банковое учрежденіе, съ указанными выше функціями, будучи учрежденіемъ некооперативнымъ, несетъ въ себѣ рискъ нарушенія самостоятельности и самоуправленія кооперативныхъ учрежденій и, при наличности Государственнаго банка, является излишнимъ.

3. Спеціальные фонды государства, предназначенные для кооперативнаго кредита, не разрѣшаютъ задачи. Они могутъ быть цѣлесообразно использованы лишь чрезъ посредство кооперативныхъ учрежденій второго порядка или черезъ Кооперативный Центральный Банкъ.

4. При хорошей постановкѣ въ смыслѣ банковой техники, опираясь на сознательную, планомѣрную и постоянную поддержку обслуживаемыхъ имъ кооперативныхъ учрежденій и совершенно исключивъ изъ своей практики всякаго рода спекуляцію и погоню за прибылями, Центральный Банкъ, построенный на кооперативныхъ принципахъ, какова бы ни была его юридическая форма, способенъ полностью осуществить намѣченныя выше задачи.

5. Въ частности, въ данное время, для приближенія Московскаго Народнаго Банка къ типу Центральнаго Кооперативнаго, необходимо: а) возникновеніе союзныхъ кооперативныхъ учрежденій II степени; б) развитіе

Digitized by Google

пассивныхъ и активныхъ операцій долгосрочнаго характера, но не ипотечныхъ, и в) участіе и поддержка со стороны земскихъ кассъ мелкаго кредита, особенно губернскихъ.

Послѣ доклада послѣдовали пренія, сущность которыхъ сводилась къ слѣдующему:

М. А. Бунятянъ предложилъ вопросъ, не сошли ли нѣкоторые нѣмецкіе центральные банки съ кооперативной основы (и погибли вслѣдствіе этого), не находя достаточно пищи въ своей основной сферѣ дѣятельности?

Докладчикъ отвѣчалъ, что Шульце-Деличскій банкъ долженъ былъ искать частнаго кредита, не находя поддержки со стороны отдѣльныхъ, не нуждавшихся въ содѣйствіи Центральнаго Банка, кооперативовъ. Дармштадтскій банкъ погибъ отъ недостатковъ своего «механизма». Самъ по себѣ онъ имѣлъ всѣ шансы на развитіе.

А. Н. Закъ считалъ, что въ докладѣ совершенно обойденъ вопросъ о финансовыхъ перспективахъ автономной организаціи въ Россіи при современныхъ конкретныхъ условіяхъ; что для не-государственнаго банка, не опирающагося на средства Центральнаго Государственнаго банка, Государственныхъ сберегательныхъ кассъ, и общебюджетныхъ рессурсовъ (послѣдніе для покрытія вѣроятныхъ первое время убытковъ, пониженія ссуднаго % ниже платимаго банкомъ и т. д.) непосильно выполненіе тѣхъ грандіозныхъ заданій, которыя связаны съ переустройствомъ хозяйственнаго строя деревни и съ ростомъ мелкой сельскохозяйственной промышленности. Кромѣ того, торговая и фабрично-заводская промышленность имѣетъ къ своимъ услугамъ крупные капиталы акціонерныхъ коммерческихъ банковъ, которые, не считая обществъ взаимнаго кредита, городскихъ общественныхъ банковъ и банковъ на особыхъ основаніяхъ, равно постороннихъ капиталовъ въ распоряженіи означенныхъ банковъ, на 1 января 1913 года исчисляются въ суммѣ 3 милліардовъ рублей, не говоря о собственныхъ крупныхъ капиталахъ, иммобилизированныхъ въ относящихся сюда предпріятіяхъ. Параллельно къ услугамъ сельскохозяйственной промышленности стоитъ лишь одинъ Московскій народный банкъ съ капиталомъ въ 1 милліонъ рублей и общимъ балансомъ на 1 апрѣля 1913 года въ 3 милліона рублей, претендующій несмотря на это — въ своихъ проектахъ открытія отдѣленій по Россіи — на общероссійское значеніе. При всѣхъ пожеланіяхъ успѣха Банку и симпатіи къ его организаторамъ нельзя не считаться съ тѣмъ, что Московскій народный банкъ не заполнитъ всего пробѣла въ организаціи мелкаго кредита и не замѣнитъ той помощи, которая оказывается и должна въ еще бо́льшей степени оказываться государствомъ. Вопросъ о созданіи Государственнаго банка мелкаго кредита потому уже утратилъ въ значительной степени свою остроту, что теперь финансированіе мелко-кредитныхъ учрежденій въ грандіозныхъ размѣрахъ производится и Государственнымъ банкомъ, и Сберегательными кассами. Вопросъ такимъ образомъ остался главнымъ образомъ лишь организаціонный; но для правильной постановки дѣла и въ отношеніи къ Центральному банку мелкаго кредита необходимо слѣдующее: 1) организація особаго для крестьянъ банка, 2) объединеніе въ одномъ учрежденіи всѣхъ отдѣльныхъ видовъ сельскохозяйственнаго кредита при строгой, однако, финансовой дифференціаціи, 3) подчиненіе такового законодательнымъ учрежденіямъ. Увѣнчаніе зданія мелко-кредитнаго дѣла автономной организаціей преждевременно — оно можетъ наступить лишь послѣ того, какъ Государственный Центральный Банкъ мелкаго кредита создастъ, какъ

Digitized by Google

подготовительная стадія, необходимую экономическую базу, въ формѣ самостоятельной финансовой дѣятельности мелко-кредитныхъ организацій низшихъ степеней.

Докладчикъ, съ своей стороны, возражалъ, что докладъ имѣлъ въ виду не Московскій народный банкъ, какъ таковой, но вопросъ Центральныхъ Банковъ мелкаго кредита въ широкомъ смыслѣ. Несомнѣнно, что Московскій народный банкъ въ настоящее время недостаточно сильное учрежденіе. То, что онъ долженъ имѣть въ виду какъ ближайшую цѣль — это увеличеніе своего основного капитала — въ противномъ случаѣ онъ способенъ утратить свою жизнеспособность. Несомнѣнно, что роль Государственнаго банка въ нашемъ кооперативномъ движеніи огромна, и не надо думать, что съ развитіемъ Центральнаго Банка Государственному банку останется лишь закрыть свои операціи по финансированію кооперативнаго кредита. Спеціальный казенный Центральный Банкъ есть все же тормазъ въ развитіи кооперативнаго дѣла; итти по пути Пруссіи въ дѣлѣ организаціи кооперативнаго кредита — не слѣдуетъ. Кооперація, идущая на помочахъ, никогда не разовьется.

Послѣ преній послѣдовало резюме Предсѣдателя, предложившаго выразить благодарность докладчику за интересный докладъ, въ которомъ такъ ясно показана роль Центральныхъ Кооперативныхъ Банковъ заграницей и важность аналогичныхъ учрежденій для Россіи.

Предсѣдатель *Н. Каблуковъ*.

Секретарь *Н. Пѣтуховъ*.

Засѣданіе 3 октября 1913 года.

Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ.**

Присутствовали 51 членъ Общества.

1. Выслушано сообщеніе Предсѣдателя о только что послѣдовавшей смерти извѣстнаго экономиста-теоретика **В. К. Дмитріева** и о порученіи члену Общества **С. А. Первушину** возложить вѣнокъ отъ имени Общества А. И. Чупрова на гробъ покойнаго. При этомъ Предсѣдатель выразилъ надежду, что въ ближайшемъ будущемъ удастся устроить особое засѣданіе съ докладами, посвященными **В. К. Дмитріеву,** какъ ученому.

По предложенію Предсѣдателя память покойнаго почтена вставаніемъ.

2. Выслушано сообщеніе Предсѣдателя о послѣдовавшей кончинѣ **С. М. Блеклова,** извѣстнаго своими трудами въ области земской статистики.

По предложенію Предсѣдателя память покойнаго почтена вставаніемъ.

3. Доложено сообщеніе Предсѣдателя объ имѣющемъ состояться 6-го октября праздноваиіи 50-лѣтняго юбилея «Русскихъ Вѣдомостей», не мало сдѣлавшихъ, и въ частности при участіи А. И. Чупрова, для научной разработки многихъ сторонъ русской общественной жизни; о желательности принять участіе въ этомъ праздноваиіи; при чемъ Предсѣдателемъ былъ оглашенъ текстъ адреса, выработанный Совѣтомъ, и предложено желающимъ подъ нимъ подписаться.

Постановлено: согласиться съ предложеніемъ Предсѣдателя и принять текстъ адреса, выработанный Совѣтомъ.

4. Доложено предложеніе Предсѣдателя приступить въ ближайшемъ Общемъ Собраніи къ выборамъ Президіума Секціи Соціальной Политики, открывающейся согласно постановленію Чрезвычайнаго Общаго Собранія отъ 1 марта 1913 года.

Постановлено согласиться съ предложеніемъ Предсѣдателя.

Digitized by Google

5. Доложено объ извѣщеніи, поступившемъ со стороны Императорскаго Общества Любителей Естествознанія, Антропологіи и Этнографіи при Московскомъ Университетѣ о томъ, что 15-го октября сего года исполняется 50 лѣтъ со дня открытія дѣятельности Общества и что 27 августа 1913 года исполнилось 70 лѣтъ со дня рожденія Президента Общества профессора Дмитрія Николаевича **Анучина.**

Постановлено: просить Предсѣдателя телеграммами принести поздравленія Императорскому Обществу Любителей Естествознанія, Антропологіи и Этнографіи и его Президенту — профессору **Д. Н. Анучину,** отъ имени Общества А. И. Чупрова.

6. Заслушанъ докладъ **А. А. Мануилова** о книгѣ **П. Б. Струве** «Хозяйство и цѣна» (см. «Вѣстникъ Европы» за октябрь 1913 года).

Послѣ доклада послѣдовали пренія, въ которыхъ приняли участіе **С. А. Котляревскій, С. Н. Прокоповичъ, С. Н. Булгаковъ, М. Н. Нерсессовъ.** Сущность преній сводилась къ слѣдующему.

С. А. Котляревскій отмѣтилъ прежде всего, что книга П. Б. Струве есть крупное явленіе не только въ экономической, но и въ соціальной литературѣ вообще; авторъ сумѣлъ въ ней соединить высокую абстракцію съ богатымъ историческимъ матеріаломъ. Автору присуще извѣстное стремленіе къ эмпиризму, сказывающееся, между прочимъ, въ томъ, что и въ чисто абстрактныхъ областяхъ онъ склоненъ къ антимонизму, къ внесенію новыхъ варіантовъ въ существующія разграниченія — это совпадаетъ, можетъ быть, съ нѣкоторымъ общимъ утомленіемъ высокой абстракціей. Чрезвычайно интересна мысль объ основномъ дуализмѣ въ области экономической жизни, о столкновеніи моментовъ автогеніи и гетерогеніи цѣлей; и это характерно не только лишь для соціализма, но и для экономическаго либерализма. Очень показательно въ этомъ отношеніи то, что изъ всей громадной массы матеріала, переработаннаго авторомъ, вытекаетъ, какую роль въ, казалось, произвольномъ опредѣленіи цѣны (напр. эдиктъ Діоклетіана, justum pretium) игралъ моментъ гетерогенной, эмпирически установленной, типической цѣнности. Вопросъ объ установленіи границъ раціонализаціи имѣетъ философскій интересъ; въ области экономической онъ имѣетъ большое значеніе не только для теоріи, но и для экономической политики. Во всякомъ случаѣ въ работѣ Струве сказалась громадная эрудиція, большая наблюдательность и большой политическій и общественный опытъ.

С. Н. Прокоповичъ считаетъ книгу Струве очень пестрой по содержанію: на ряду съ весьма цѣнными экскурсами есть страницы публицистическаго характера, лишенныя необходимой въ наукѣ логической послѣдовательности. Такъ вопросъ о соціализмѣ, какъ строѣ, предполагающемъ полную раціонализацію хозяйства, рѣшается въ связи съ тѣмъ, что въ понятіе общества заранѣе вкладывается моментъ системы, иначе, моментъ взаимодѣйствія и гетерогеніи цѣлей. Много недоразумѣній имѣется въ трактовкѣ Струве ученія Маркса; между Марксомъ и схоластикой общаго ничего быть не можетъ. Есть рядъ противорѣчій въ вопросѣ о теоріи цѣнности Маркса: цѣнность признается то, какъ субстанція, и потому критикуется съ сингуляристической точки зрѣнія; то, какъ проекція общественныхъ отношеній — тогда уже означенная выше критика въ цѣль совершенно не попадаетъ. Рядъ противорѣчій кроется въ текстѣ 1-й главы II отд., гдѣ, кромѣ того, есть неправильное оперированіе съ статистическимъ методомъ. Что касается до статистическаго толкованія цѣнъ, то положительной чертой этой попытки является возможность на ней основать сближеніе психологической теоріи цѣнности съ теоріей

Digitized by Google

издержекъ производства или трудовой теоріей, ибо именно типическая цѣнность и опредѣляется этими объективными моментами.

С. Н. Булгаковъ вполнѣ согласенъ съ книгой Струве; онъ уже болѣе 10 лѣтъ тому назадъ пришелъ къ тѣмъ же выводамъ, къ тому же отрицательному отношенію къ смѣшенію въ наукѣ научной метафизики и эмпиризма. Подобно тому, какъ и схоластики допускали онтологическое бытіе общихъ понятій (ante rem), такъ дѣлаетъ это и Марксъ съ идеей, почерпнутой имъ вполнѣ эмпирически, подчиняясь вліянію Гегеля и классиковъ политической экономіи. Субстанція цѣнности I тома ярко выступаетъ наружу въ III томѣ. Съ другой стороны, построить трудовую теорію цѣнности на эмпирическомъ основаніи вполнѣ возможно путемъ статистическаго изученія цѣнъ. Теорія австрійской школы вѣрна постольку, поскольку покоится на непосредственно данномъ опытѣ, но этимъ самымъ оставляется въ тѣни соціальный моментъ. Между прочимъ, **С. Булгаковъ** не вполнѣ ясно представляетъ себѣ отношеніе къ австрійской теоріи цѣнности докладчика. Дуализмъ, выставленный въ книгѣ Струве, можетъ быть сведенъ къ болѣе основной проблемѣ добра и зла. Правда, обычно соціализмъ понимается, какъ послѣдовательная и окончательная раціонализація хозяйства; но вѣдь вполнѣ возможно, какъ то и дѣлалъ Carlyle, видѣть въ соціализмѣ побѣду иррацiональнаго.

М. Н. Нерсессовъ считаетъ, что у Струве въ основныхъ вопросахъ о методологіи и закономѣрности экономическихъ явленій есть недоговоренность. По отношенію къ предмету познанія не выяснено, насколько правомѣрны универсаліи и каковы принципы, лежащіе въ основѣ конструируемыхъ въ общественныхъ наукахъ общихъ родовыхъ понятій; по отношенію къ закономѣрности — каковъ тотъ законъ, который регулируетъ соотношеніе стихійнаго и раціональнаго въ общественной области. Повидимому, Струве ограничивается лишь простымъ констатированіемъ этого факта, но не изслѣдуетъ его глубже.

Отвѣчая на то, что было высказано оппонентами по отношенію книги Струве, **А. А. Мануиловъ** отмѣтилъ, что проблемы чисто философскаго характера выходятъ за предѣлы политической экономіи. Такъ и у Маркса его теорія цѣнности построена на психологическомъ и соціологическомъ основаніи и ее нельзя разрѣшать исключительно въ плоскости философской трактовки, хотя самъ Марксъ въ III томѣ несомнѣнно приходитъ къ идеѣ субстанціональной цѣнности и есть рядъ мѣстъ въ I томѣ, которыя дѣлаютъ возможнымъ его толкованіе въ томъ же духѣ. Такимъ разсмотрѣніемъ экономическихъ проблемъ исключительно въ философской постановкѣ подчасъ грѣшитъ Струве. Психологическая оцѣнка индивидуума есть отправная точка для экономиста; но разъ допускать, что реальныя цѣны вліяютъ на эту оцѣнку, то естественно, что надо допускать извѣстное взаимодѣйствіе индивидуальныхъ и соціальныхъ моментовъ и одной индивидуальной оцѣнкой обойтись нельзя. Упрекать книгу Струве въ публицистичности нельзя, если основываться на отдѣльныхъ кажущихся противорѣчіяхъ. Противорѣчіе въ идеѣ цѣнности, понимаемой, то какъ реальная субстанція и ядро цѣнъ, то какъ явленіе фетишизма, встрѣчается у самого Маркса.

Въ заключеніе Предсѣдатель отмѣтилъ серьезное научное значеніе какъ самой книги, которой былъ посвященъ докладъ, такъ и критическихъ положеній, легшихъ въ основаніе доклада и высказанныхъ во время преній, и предложилъ засѣданію выразить искреннюю благодарность докладчику.

Предсѣдатель *Н. Каблуковъ.*

Секретарь *Н. Пѣтуховъ.*

Digitized by Google

Засѣданіе 10 октября 1913 года.

Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ.**

Заслушанъ докладъ **В. А. Косинскаго** «Экономическая природа всеобщаго перепроизводства при торговопромышленныхъ кризисахъ».

Послѣ доклада послѣдовали пренія въ которыхъ приняли участіе **В. И. Дунаевъ, С. А. Первушинъ, В. А. Голгофскій, Н. А. Каблуковъ и Н. А. Кременецкій.**

В. И. Дунаевъ обратилъ вниманіе на то, что въ предложенныхъ докладчикомъ схемахъ имѣется въ виду только одна форма кредитованія, — а именно помѣщеніе временно-свободныхъ средствъ; на помѣщеніи именно этихъ средствъ и базируется расширеніе производства, а затѣмъ и сокращеніе спроса на произведенные продукты благодаря изъятію означенныхъ суммъ изъ оборота въ чужихъ предпріятіяхъ. Это дѣлаетъ неяснымъ собственную точку зрѣнія докладчика и его отношеніе въ теоріи Т.-Барановскаго, выдвигающаго въ своей теоріи кризисовъ на первый планъ накопленіе абсолютно свободныхъ средствъ.

С. А. Первушинъ возразилъ съ слѣдующей точки зрѣнія. Докладчикъ пытается доказать, что причина кризисовъ въ области кредита, но не въ деньгахъ, не въ общемъ перепроизводствѣ. Однако эти послѣднія двѣ гипотезы не опровергнуты имъ. Въ частности, врядъ ли опроверженіемъ теоріи Сисмонди или Родбертуса можно устранить теорію перепроизводства вообще. Для этого необходимо опровергнуть также и новѣйшія теоріи перепроизводства, исходящія изъ иныхъ основаній (т. наз. «Preisverschiebungen-Theorie» Bouniatian'a, Aftalion'a, O. Spann'a), которыхъ не касается докладчикъ. Поэтому положительный результатъ работы докладчика сводится къ тому, что явленія кредита служатъ лишь одной изъ причинъ кризисовъ. Но въ такихъ рамкахъ взглядъ докладчика не вноситъ ничего новаго — этой связи никто не отрицалъ и раньше. Если даже принять за доказанную несостоятельность теоріи Т.-Барановскаго и теоріи общаго перепроизводства, то и тогда докладчикъ не въ силахъ будетъ объяснить самаго важнаго въ теоріи кризисовъ — ихъ періодичности и тѣмъ болѣе особыхъ цикловъ ихъ въ отдѣльныхъ отрасляхъ производства. Далѣе докладчикъ объясняетъ смягченіе кризисовъ въ Англіи хорошей системой кредита. Но какъ разъ въ Англіи эта система наиболѣе отсталая: въ основѣ ея лежитъ эмиссіонная система Р. Пилля (1844 г.). Здѣсь была бы умѣстнѣе ссылка на Германію (ср. Riesser, Schumacher).

В. А. Голгофскій считаетъ, что съ логической точки зрѣнія можно подходить къ явленіямъ кризисовъ, исходя отъ любого экономическаго явленія, въ виду наблюдаемаго взаимодѣйствія и связанности экономическихъ явленій вообще. Отсюда возможно построеніе теоріи кризисовъ на почвѣ нарушеній какъ въ производствѣ, такъ и въ обмѣнѣ (разстройство кредита), потребленіи и распредѣленіи. Докладчикъ стремится свести кризисы къ нарушенію въ кредитѣ, за которымъ слѣдуетъ перепроизводство товаровъ, завершающееся банковыми разстройствами; однако изъ представленной имъ схемы воспроизводства нельзя сдѣлать заключеній о такой роли кредита, и схема Т.-Барановскаго, съ которымъ докладчикъ, повидимому, не согласенъ, имъ не опровергнута. Перепроизводство, происходящее по теоріи Т.-Барановскаго въ виду неорганизованности производства капиталистическаго хозяйства въ противуположность натуральному, можетъ и помимо кредита съ его нарушеніями вести къ кризису; а что во время кризиса происходятъ недомоганія кредита, то

Digitized by Google

это вполнѣ закономѣрно. Сторонниковъ теоріи Т.-Барановскаго докладчикъ въ невѣрности ихъ позиціи не убѣдилъ.

Н. А. Каблуковъ обращаетъ вниманіе на то, что у докладчика въ кредитѣ лежитъ причина перепроизводства и кризиса. Но кризисъ возможенъ и при заминкѣ потребленія. Такъ Бебель указывалъ однажды въ Reichstag'ѣ, что сокращеніе потребленія рабочими пива, какъ результатъ бо́льшей бережливости, можетъ вызвать частичное перепроизводство въ пивоваренномъ дѣлѣ, которое въ свою очередь можетъ отразиться и на другихъ отрасляхъ народнаго хозяйства. Сокращеніе кредита всегда обостряетъ кризисъ, но не всегда создаетъ его.

Н. А. Кременецкій отмѣтилъ, что пораженіе кредита не помѣшаетъ сбыту, разъ у населенія есть покупательныя средства. Правильнѣе парализованіе кредита разсматривать, какъ явленіе, сопутствующее кризису, но не его вызывающее. Докладчикъ приписываетъ слишкомъ большое значеніе кредиту и творческой силѣ капитала — если это такъ въ области производства и обмѣна, то вовсе не такъ въ области потребленія. Съ другой стороны, правъ ли докладчикъ, такъ рѣшительно отбрасывая въ сторону теоріи кризисовъ, объясняющія ихъ перепроизводствомъ товаровъ и неравномѣрнымъ распредѣленіемъ общественнаго дохода?

В. А. Косинскій въ отвѣтъ на сдѣланныя ему возраженія въ свою очередь привелъ рядъ доводовъ въ подтвержденіе доклада, сущность которыхъ сводилась къ слѣдующему. Прежде всего въ своей схемѣ онъ не имѣлъ въ виду охватить всѣхъ явленій въ процессѣ народнаго хозяйства; но абсолютно-свободныя средства онъ въ эту схему при извѣстныхъ допущеніяхъ включаетъ — онѣ подчиняются тѣмъ же нормамъ, что и относительно-свободныя средства. Схема не имѣетъ въ виду роста народнаго производства; тѣмъ болѣе характерно, что перепроизводство возможно и тутъ. Теорія Т.-Барановскаго при всѣхъ ея достоинствахъ неправа въ томъ отношеніи, что считаетъ кризисы необходимо связанными съ денежнымъ, но не съ натуральнымъ хозяйствомъ. Ставить кризисы въ связь съ вопросомъ цѣнности врядъ ли справедливо. Паденіе цѣнъ есть результатъ нарушенія кредита, но не наоборотъ. Во всякомъ случаѣ докладчикъ надѣется изложить свой взглядъ въ области теоріи цѣнности въ особомъ докладѣ. Докладъ не выясняетъ цикличности кризисовъ; но кризисы слѣдуетъ разсматривать, какъ результатъ нарушенія кредита вообще; нарушеніе же кредита вытекаетъ изъ основного явленія частичнаго перепроизводства, слѣдующаго обычно за періодомъ оживленія, и затѣмъ совокупности событій, какъ то частнаго разстройства кредита, потрясенія банковой организаціи и т. п., которыя, дѣйствуя взаимно другъ на друга, при данномъ складѣ народнаго хозяйства для своего проявленія требуютъ болѣе или менѣе опредѣленнаго срока, 9—10 лѣтъ. Происходящіе кризисы и депрессіи парализуютъ такимъ образомъ производительную мощь капитала. Въ то же время нельзя не признать всей сложности проблемы кризисовъ, сложности, которую въ личныхъ бесѣдахъ съ докладчикомъ отмѣтилъ и авторъ общепринятой теоріи — проф. М. И. Туганъ-Барановскій, назвавъ ее задачей съ тремя шарами. Возражая послѣднему оппоненту, докладчикъ указывалъ, что теоретически не допускается, чтобы населеніе имѣло покупательныя средства внѣ вытекающей изъ производства заработной платы. Денежные кризисы имѣютъ особую природу, и докладчикъ не ихъ имѣлъ въ виду. Онъ ставилъ своею цѣлью выяснить механизмъ связи между кредитомъ и промышленными кризисами, и этому выясненію и посвященъ докладъ.

Digitized by Google

Въ заключеніе Предсѣдатель отмѣтилъ, что, какъ выяснилось изъ преній, докладъ, хотя и не могъ разрѣшить всѣхъ вопросовъ, связанныхъ съ кризисами вообще, все же съ достаточной полнотой и яркостью выяснилъ связь между потрясеніями въ области кредита и промышленнымъ перепроизводствомъ. Предсѣдатель затѣмъ предложилъ собранію благодарить докладчика, которому его нездоровье и временное пребываніе въ Москвѣ не помѣшали сдѣлать его сообщеніе.

Предсѣдатель *И. Каблуковъ.*

Секретарь *И. Пѣтуховъ.*

Засѣданіе 21 октября 1913 года.

Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ.**

Присутствовало 44 члена Общества.

1. Заслушанъ докладъ **А. А. Кауфмана.** «Къ вопросу о всеобщей переписи населенія Имперіи».

Положенія доклада:

1) Содержаніе обычной программы переписей населенія ограничивается традиціонной техникой — главнымъ образомъ вытекающимъ изъ стремленія точно учесть наличное населеніе строгимъ проведеніемъ начала однодневности и письменнымъ пріемомъ опроса населенія (самосчисленіе).

2) Перенесеніе центра тяжести учета на осѣдлое населеніе позволитъ отказаться отъ строгаго проведенія начала однодневности и значительно удлинить время выполненія переписныхъ операцій, а слѣдовательно обойтись въ нѣсколько разъ меньшимъ числомъ счетчиковъ; это обезпечитъ возможность лучшаго ихъ подбора и надлежащаго инструктированія.

3) Принципъ самосчисленія въ русскихъ условіяхъ долженъ быть окончательно отброшенъ; правиломъ долженъ быть изустный опросъ, письменныя же показанія должны допускаться лишь въ видѣ исключенія.

4) При такой технической постановкѣ всеобщей переписи программа ея можетъ быть значительно расширена; въ частности, становится возможнымъ соединеніе переписи населенія съ промышленною. Раздѣленіе ихъ безъ нужды осложнитъ дѣло и вызоветъ значительныя лишнія затраты.

5) Въ русскихъ условіяхъ всеобщая перепись обязательно должна учесть не только главныя, но и побочныя занятія; вмѣстѣ съ тѣмъ она дастъ учетъ владѣльцевъ предпріятій, и такимъ образомъ она ничѣмъ не будетъ отличаться отъ переписи профессій германскаго типа.

6) Извлеченные изъ данныхъ переписи списки владѣльцевъ предпріятій могутъ быть положены въ основу второй фазы промышленной переписи — переписи предпріятій, которую поэтому и слѣдуетъ произвести непосредственно вслѣдъ за всеобщею переписью при помощи квалифицированнаго персонала.

7) Вопросы, необходимые для учета мелкихъ крестьянскихъ предпріятій, могутъ быть введены въ похозяйственные формуляры сельскаго типа.

8) Успѣхъ переписи во всякомъ случаѣ требуетъ участія всѣхъ статистическихъ силъ страны и общественнаго сочувствія. Безъ этого мало шансовъ на успѣхъ и у простой переписи населенія.

Послѣ доклада **А. А. Кауфмана** послѣдовали пренія, въ которыхъ приняли участіе: **А. Ф. Фортунатовъ,** кн. **Д. И. Шаховской, А. Е. Лосицкій, Н. А. Каб-**

Digitized by Google

луковъ. **В. И. Анисимовъ, П. А. Вихляевъ,** Содержаніе преній свелось къ слѣдующему:

На вопросъ **А. Ф. Фортунатова,** почему докладчикъ не остановился на Америкѣ, докладчикъ указалъ, что недостаточно знакомъ съ Американскими цензами и, кромѣ того, считаетъ, что въ Америкѣ слишкомъ широки заданія переписи. Правда — по заявленію Г. Г. Швиттау — XII и XIII цензы освободились отъ этихъ недостатковъ. Затѣмъ **А. Ф. Фортунатовъ** замѣтилъ, что дѣлить занятія на главныя и побочныя вообще трудно, хотя и тѣ, и другія были при I-ой переписи. Между прочимъ, это дѣленіе давало поводъ къ тому, что сторонники марксизма были склонны нѣсколько преувеличивать индустріализацію Россіи путемъ выдвиганія на первый планъ этихъ побочныхъ занятій. **Кн. Д. И. Шаховской** указалъ на то, что на Кіевскомъ Съѣздѣ обсуждался вопросъ объ устройствѣ сельскохозяйственной переписи. Докладчикъ **Воблый** предлагалъ слить ее съ общей переписью. Съ другой стороны, сельскохозяйственная перепись должна была быть произведена Главнымъ Управленіемъ Земледѣлія и Землеустройства, но не Центральнымъ Комитетомъ. Съѣздъ выдѣлилъ въ связи съ этимъ особую комиссію, мнѣніе которой было затѣмъ представлено въ Кіевское Общество Экономистовъ съ тѣмъ, чтобы послѣднее къ декабрю 1913 года передало вопросъ на разсмотрѣніе въ Общество имени А. И. Чупрова. Между прочимъ, комиссія признала, что не слѣдуетъ совмѣщать сельскохозяйственной переписи съ народной — народную перепись будетъ производить Центральный Комитетъ, а передать ему перепись промышленную было бы нежелательно. Оставивъ открытымъ вопросъ, кто долженъ производить перепись предпріятій, Комиссія полагала, что ее слѣдуетъ производить въ теченіе трехъ мѣсяцевъ и притомъ осенью. Докладъ, повидимому, предполагаетъ, что перепись будетъ производиться Центральнымъ Комитетомъ—но, во-первыхъ, Комитетъ не справится съ переписью усложненнаго типа (т.-е. соединенною съ переписью предпріятій); кромѣ того, безусловно желательно, чтобы къ переписи были широко привлечены общественныя организаціи. **А. Е. Лосицкій** указалъ, что докладъ, какъ онъ ни былъ интересенъ, все же не можетъ окончательно убѣдить его. Нѣкоторыя положенія безспорны (отрицательное отношеніе къ самосчисленію, необходимость общественнаго участія, важность данныхъ о промышленной структурѣ населенія и т. п.); но основная мысль — объ учетѣ постояннаго населенія — возбуждаетъ много сомнѣній. Что есть это постоянное населеніе? Мы еще такъ недавно ушли отъ приписного населенія. Земская техника развивается въ сторону однодневной переписи. При переписи постояннаго населенія не получимъ ли мы обезлюденія городовъ; и куда отнести населеніе, не имѣющее постоянныхъ квартиръ, въ родѣ обитателей ночлежныхъ домовъ и т. п.? Говорить о вліяніи марксистскихъ взглядовъ въ первой народной переписи врядъ ли можно — легенда не соотвѣтствуетъ опубликованнымъ даннымъ. Докладчикъ ошибся — офиціальная разработка данныхъ о побочныхъ занятіяхъ имѣется. Весь вопросъ въ томъ, что тѣмъ темпомъ, которымъ въ началѣ шла разработка, она была бы завершена къ 1930 г. Гордіевъ узелъ разрубилъ Дурново. Въ интересахъ болѣе или менѣе точнаго учета населенія дѣлать тѣхъ скачковъ, которые рекомендуетъ докладчикъ, не слѣдуетъ. Болѣе разработанной является техника переписи наличнаго населенія — ея и слѣдуетъ придерживаться, рискуя въ противномъ случаѣ не получить ни правильныхъ свѣдѣній о населеніи, ни правильныхъ свѣдѣній о предпріятіяхъ. **Н. А. Каблуковъ** видитъ себя принужденнымъ возразить противъ до-

Digitized by Google

клада. Какъ бы нужна ни была профессіональная перепись, все же не слѣдуетъ изъ-за этого портить перепись населенія. Опредѣлить понятіе «постояннаго населенія» очень трудно. Какъ считать, напримѣръ, лицъ, работающихъ въ городѣ зимою? Докладчикъ ссылается на земскую статистику, но вѣдь статистика населенія и является ея наиболѣе слабымъ мѣстомъ. Затѣмъ перепись постояннаго населенія отниметъ возможность произвести сравненіе съ прошлой переписью, а также и Западно-Европейскими переписями. Кромѣ того и практически трудно осуществить привлеченіе на временную работу для переписи на нѣсколько недѣль лицъ, имѣющихъ другія занятія. Счетчиковъ возможно оторвать на 2—3 дня, но не на мѣсяцъ. Докладчикъ преуменьшилъ значеніе тѣхъ вопросовъ, которые должны быть поставлены при профессіональной переписи. Въ случаѣ послѣдней необходима возможно полная характеристика предпріятій, а это невозможно въ короткій срокъ, свойственный народной переписи. **В. И. Анисимовъ** считаетъ, что критика принципа учета наличнаго населенія слишкомъ сурова — недостатки германской статистики не такъ уже велики. Несомнѣнно, что перепись постояннаго населенія имѣетъ за собою существенные плюсы (контингентъ счетчиковъ, продолжительность переписи). Но вѣдь необходимо показать, какъ къ ней подойти, порвавъ съ принципомъ учета наличнаго населенія. Наши переписи страдаютъ отъ того, что по нимъ трудно, на основаніи косвенныхъ признаковъ, перейти отъ учета наличнаго къ учету постояннаго неселенія. Такимъ образомъ, если и слѣдуетъ признать желательнымъ переходъ къ учету постояннаго населенія, то этотъ вопросъ требуетъ детальной разработки. Наиболѣе цѣлесообразно передать его для болѣе подробнаго изученія въ Стат. Отд. Общества. **П. А. Вихляевъ** указалъ, что, исходя изъ интересовъ земскаго хозяйства, въ районахъ мелкаго типа (школьный районъ, больничный районъ) слѣдуетъ учитывать обычное населеніе. Съ точки зрѣнія динамики населенія, которая теперь поставлена очень плохо, слѣдуетъ считаться тоже съ постояннымъ населеніемъ. Можетъ быть лучше всего окажется принципъ двойного исчисленія — постояннаго населенія для мелкихъ районовъ и наличнаго населенія (однодневная перепись) въ цѣлой губерніи. **А. Е. Лосицкій** указываетъ, что П. А. Вихляевъ въ данномъ случаѣ развиваетъ земскую точку зрѣнія — врядъ ли онъ признаетъ взгляды докладчика, поскольку дѣло идетъ о всероссійской переписи. Европейская практика знаетъ: а) наличное, б) постоянное и в) юридическое населеніе, но теперь отъ этой тройной регистраціи начинаютъ отказываться и на Западѣ.

Въ отвѣтъ на сдѣланныя ему возраженія, **докладчикъ** привелъ слѣдующія соображенія. Прежде всего слѣдуетъ признать, что съ отрицательнымъ отношеніемъ къ принципу самосчисленія согласны всѣ. Вопросъ о переходѣ отъ исчисленія наличнаго къ исчисленію постояннаго населенія несомнѣнно очень труденъ и требуетъ серьезнаго обсужденія — въ этомъ докладчикъ вполнѣ согласенъ съ В. И. Анисимовымъ. Но въ общемъ выслушанныя имъ возраженія мало его убѣдили. Устанавливая осѣдлое населеніе, надо исходить изъ мнѣнія самихъ заинтересованныхъ лицъ. Слѣдуетъ обсудить, какъ считать лицъ, не имѣющихъ опредѣленнаго жилища; для обитателей ночлежныхъ домовъ необходима, конечно, наличная перепись. Значительныя трудности разработки заключается между, прочимъ, въ томъ, что желательно сравнить зимній приливъ въ городъ съ зимнимъ отливомъ изъ деревень. Соображенія сравнимости съ другими переписями имѣютъ существенное значеніе, но не рѣшающее. Разъ вопросъ о переходѣ къ исчисленію постояннаго насе-

Digitized by Google

ленія въ принципѣ рѣшенъ, когда-нибудь переходить надо. И эта тенденція— тенденція къ исчисленію осѣдлаго населенія — несомнѣнно существуетъ на Западѣ (Германія). Докладчикъ считаетъ, что и въ самыхъ возраженіяхъ до извѣстной степени слышатся доводы въ его пользу. Разъ учетъ постояннаго населенія, по словамъ П. А. Вихляева, важенъ земству, то, значитъ, онъ и вообще важенъ. Послать счетчиковъ куда нибудь далеко нельзя на 2—3 дня; но вполнѣ возможно на 4—6 недѣль. Затѣмъ вѣдь собственно всякая перепись включаетъ въ себя вопросы о характерѣ производства въ домашней промышленности. Докладчикъ не имѣетъ въ виду рѣшать, кто будетъ производить перепись предпріятій. Важно, чтобы по окончаніи основной переписи были выдѣлены владѣльцы предпріятій для производства дальнѣйшаго обслѣдованія.

Резюме Предсѣдателя сводилось къ тому, что вопросъ о переходѣ къ учету постояннаго населенія несомнѣнно очень сложенъ и требуетъ спеціальнаго разсмотрѣнія. Будетъ вполнѣ умѣстно, поэтому, согласно предложенію В. И. Анисимова, передать его въ Статистическое Отдѣленіе Общества, предложивъ Отдѣленію обсудить вопросъ объ учетѣ осѣдлаго населенія.

Въ заключеніе доклада Предсѣдатель предложилъ собранію выразить сердечную благодарность докладчику, пріѣхавшему изъ С.-Петербурга спеціально для сообщенія въ Чупровскомъ Обществѣ.

II. Состоялись выборы въ Президіумъ Секціи Соціальной Политики. Оказались выбранными.

въ Предсѣдатели Секціи: **В. Я. Желѣзновъ**

въ Товарищи Предсѣдателя: **М. Д. Загряцковъ**

Предсѣдатель *Н. Каблуковъ.*

Секретарь *Н. Пѣтуховъ.*

Засѣданіе 31 октября 1913 года.

Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ.**

Присутствовало 18 членовъ Общества.

Заслушанъ докладъ **О. А. Шкапскаго** «Организація воднаго хозяйства въ Туркестанѣ».

Послѣ доклада **О. А. Шкапскаго** послѣдовали пренія, въ которыхъ приняли участіе: **З. С. Каценеленбаумъ, Н. П. Огановскій, В. И. Анисимовъ, Н. Г. Пѣтуховъ,** кн. **Д. И. Шаховской, Н. А. Кременецкій.** Сущность преній сводилась къ слѣдующему:

З. С. Каценеленбаумъ отмѣтилъ свое полное согласіе съ духомъ доклада, въ частности съ тѣмъ, что, привлекая частную предпріимчивость, не слѣдуетъ слишкомъ дорого платить за нее; нельзя ее оплачивать также ни правомъ собственности на воду, ни правомъ собственности на землю. Есть крупная разница между положеніемъ дѣла въ Америкѣ и положеніемъ дѣла въ Россіи. Тамъ сильно развита частная предпріимчивость и много капиталовъ; тамъ въ оросительномъ дѣлѣ капиталы довольствуются умѣренной прибылью — у насъ за эти капиталы приходится платить до 100%. Не лучше ли поэтому присоединиться къ раздающимся за послѣднее время голосамъ о выпускѣ спеціальнаго займа для орошенія. Оппонентъ не вполнѣ согласенъ съ общими юридическими принципами докладчика. Принципъ вер-

Digitized by Google

ховнаго распоряженія водами со стороны Государства въ общемъ прогрессивенъ и отвѣчаетъ новѣйшему Западно-Европейскому законодательству. Не приходится особенно увлекаться обычнымъ правомъ; оно создалось въ то время, когда воды было достаточно, чего теперь уже нѣтъ. Обычное право приводитъ къ постояннымъ спорамъ, коллизіямъ и тяжбамъ, особенно между владѣльцами по верхнему и нижнему теченію. Докладчикъ правъ — нельзя становиться на узко-національностическую точку зрѣнія. Но разъ имѣется въ виду расширить площадь орошенныхъ земель, то вполнѣ возможно и колонизированіе. Здѣсь опять-таки обычное право можетъ оказаться недостаточнымъ. Въ докладѣ, между прочимъ, докладчикъ не касается важнаго вопроса о водныхъ товариществахъ.

Н. П. Огановскій замѣтилъ, что въ докладѣ кроется извѣстное противорѣчіе — между основнымъ выводомъ о необходимости исходить изъ обычнаго права при конструкціи воднаго закона и приводимыми докладчикомъ данными о томъ, что это право сейчасъ ломается подъ вліяніемъ новыхъ факторовъ — роста населенія и развитія рыночныхъ культуръ. Эти факторы индивидуализируютъ, разслаиваютъ хозяйство и создаютъ антагонизмъ интересовъ въ водопользованіи. Разрушается общинная форма водопользованія, превалирующая въ обычномъ правѣ. Отсюда вытекаетъ необходимость вмѣшательства высшей центральной власти, т.-е. нормировка отношеній водопользованія со стороны закона и государства.

В. И. Анисимовъ рекомендовалъ не относиться только отрицательно къ частной предпріимчивости. Правда, за нее не слѣдуетъ платить слишкомъ дорого, но, съ другой стороны, частная предпріимчивость позволитъ не возлагать всѣхъ расходовъ окрайнъ на центральныя губерніи, которыя иначе будутъ нести всю тяжесть налоговъ по государственному устройству этихъ окрайнъ.

Н. Г. Пѣтуховъ указалъ на то, что, говоря объ орошеніи Туркестана, слѣдовало бы принять во вниманіе во многихъ отношеніяхъ сходную съ нимъ Индію и дѣятельность въ ней Англійскаго правительства. Докладчикъ не упомянулъ объ одномъ очень сложномъ вопросѣ Туркестана — о вопросѣ перехода правъ на пользованіе водою съ переходомъ правъ на собственность землею. Говоря о народныхъ судахъ, докладчикъ, повидимому, имѣлъ въ виду главнымъ образомъ Фергану и долину Заравшана; на сѣверѣ Туркестана, въ Сыръ-Дарьинской области народный судъ врядъ ли могъ бы разбирать дѣла, гдѣ одной стороной — и очень часто — являются русскіе переселенцы. Докладчикъ оперируетъ все время съ понятіемъ общенародной собственности на воду, но въ то же время очень большую роль отводитъ вмѣшательству государства. Имѣетъ ли тогда смыслъ возставать противъ формулировки о переходѣ водъ въ «верховное распоряженіе» государства?

Кн. Д. И. Шаховской просилъ разъясненія по вопросамъ воднаго суда и водныхъ товариществъ; по первому вопросу — каковы тѣ низшія инстанціи по правительственному законопроекту, которыя разбираютъ спорныя дѣла по водопользованію; по второму — какъ относится докладчикъ къ финансовой сторонѣ этихъ водныхъ товариществъ. Предполагаетъ ли онъ, что товарищества будутъ имѣть право облагать обязательными платежами своихъ членовъ, и какъ должны быть разграничены расходы товариществъ и болѣе крупныхъ единицъ — государственнаго и земельнаго типа? Напримѣръ, на комъ должно лежать устройство водохранилищъ и другихъ болѣе крупныхъ сооруженій; должно ли пользованіе ими быть безплатно или платное? Кромѣ того, оппонентъ желалъ бы получить справку, насколько можно въ настоя-

Digitized by Google

щее время считать дифференцированнымъ населеніе Туркестана, т.-е. много ли въ немъ хозяйствъ съ наемнымъ трудомъ и до какихъ размѣровъ доходитъ использованіе этого труда.

Н. А. Кременецкій сомнѣвается въ цѣлесообразности организаціи особаго воднаго самоуправленія. Самоуправленіе предполагаетъ, вѣдь, извѣстный комплексъ мѣстныхъ нуждъ, а не одну водную потребность, выборное начало и извѣстную долю самостоятельности. Цѣлесообразно ли, кромѣ того, въ административномъ отношеніи создавать самоуправленіе по водной нуждѣ на ряду съ сельскимъ управленіемъ, образовывать много управленій на мѣстахъ? Да и русское сельское и волостное управленіе не являются самоуправленіями въ настоящемъ смыслѣ слова. Чтобы быть самоуправленіемъ, имъ не достаетъ всесословности. Сельскія и волостныя управленія у насъ сословныя управленія.

Докладчикъ въ возраженіе оппонентамъ представилъ слѣдующія соображенія. Говоря о частной предпріимчивости, онъ имѣлъ въ виду нѣкоторые современные проекты. Единственная подходящая форма частной предпріимчивости казалась ему та форма, которая практикуется въ штатѣ Айдаго. Самъ лично докладчикъ всего болѣе бы склонялся къ ирригаціоннымъ сооруженіямъ на земскій и государственный счетъ (Проектъ ирригаціоннаго капитала при Совѣтѣ Туркестанскаго генералъ-губернатора). Конечно центръ не долженъ нести налоговъ въ пользу окрайнъ. Докладчикъ благодаритъ за юридическія указанія — онъ не юристъ и, если и возставалъ противъ верховнаго распоряженія водою со стороны государства, то имѣлъ главнымъ образомъ въ виду злоупотребленія съ землею киргизъ. Вопросъ о водныхъ товариществахъ имъ вообще не затронутъ; говоря о водномъ самоуправленіи, онъ главнымъ образомъ протестовалъ противъ механическаго (напр. числового) объединенія. Докладчикъ благодаритъ за указаніе о народномъ судѣ — дѣйствительно имъ упущенъ серьезный вопросъ о русскихъ переселенцахъ. Вопросъ о самообложеніи сводится къ тому, что, конечно, мелкія и крупныя единицы должны, какъ онѣ и сейчасъ это дѣлаютъ, распредѣлять повинности между своими членами. Согласно желанію кн. Д. И. Шаховского, докладчикъ приводитъ рядъ цифровыхъ матеріаловъ о хозяйственномъ строѣ Туркестана.

Послѣ преній Предсѣдатель Общества предложилъ выразить докладчику сердечную благодарность и за прочитанный имъ докладъ, и за его готовность спеціально ради доклада пріѣхать въ Москву.

Предсѣдатель *Н. Каблуковъ.*

Секретарь *Н. Пѣтуховъ.*

Примѣчаніе. Секретаріатъ Общества проситъ Членовъ Общества въ цѣляхъ болѣе подробной и точной передачи возраженій письменно формулировать ихъ во время засѣданія и передавать секретарю, ведущему журналъ засѣданія.

Digitized by Google

Продолжается подписка на 1913—1914 годъ

НА ЖУРНАЛЪ

ЮРИДИЧЕСКАЯ БИБЛІОГРАФІЯ

ИЗДАВАЕМЫЙ

ДЕМИДОВСКИМЪ ЮРИДИЧЕСКИМЪ ЛИЦЕЕМЪ

(СЕДЬМОЙ ГОДЪ ИЗДАНІЯ).

Подписной годъ начинается **1 іюня 1913 г.** и заканчивается **31 мая 1914 года, «Юридическая Библіографія» въ седьмомъ году** своего изданія будетъ выходить попрежнему пять разъ въ годъ въ двухмѣсячные промежутки, за исключеніемъ лѣтняго каникулярнаго времени, въ объемѣ **не менѣе трехъ печатныхъ** листовъ для каждаго выпуска. **Подписная цѣна** въ годъ съ пересылкою и доставкою **2** руб. Отдѣльные выпуски **«Юридической Библіографіи»** продаются по **40** коп., двойные по **80** коп.

Подписка на «Юридическую Библіографію» принимается въ **г. Ярославлѣ** въ **конторѣ редакціи «Юридической Библіографіи».** Всегда имѣются на складѣ отдѣльные выпуски **«Юридической Библіографіи»,** какъ вновь выходящіе, такъ и за старые годы, въ Москвѣ — въ книжномъ магазинѣ «Правовѣдѣніе» (Никольская, д. № 9) и въ книжномъ магазинѣ товарищества «Н. П. Карбасниковъ» (Моховая, д. № 24, противъ университета) и въ Петербургѣ — въ юридическомъ книжномъ складѣ «Право» (Литейный пр., 28).

Программа «Юридической Библіографіи»: 1) отзывы о вновь выходящихъ книгахъ и журнальныхъ статьяхъ по юридическимъ наукамъ, по политической экономіи, статистикѣ и соціологіи, 2) критическіе образы литературы по извѣстной наукѣ или ея отдѣлу или частному вопросу, 3) перечень вновь выходящихъ по юриспруденціи и по политико-экономическимъ наукамъ книгъ, брошюръ и журнальныхъ статей, 4) академическая лѣтопись, гдѣ помѣщаются свѣдѣнія объ академической жизни и некрологи выдающихся ученыхъ юристовъ.

Въ вышедшихъ съ 1907 года до сего времени нумерахъ **«Юридической Библіографіи»** были помѣщены рецензіи и замѣтки слѣдующихъ лицъ:

З. Д. Авалова, П. М. Богаевскаго, А. А. Борового, А. Н. Бѣликова, С. Б. Веселовскаго, А. М. Винавера, С. И. Викторскаго, А. Э. Вормса, П. П. Гензеля, М. Н. Гернета, П. В. Гидулянова, Д. С. Глаголева, Н. Н. Голубева, Г. В. Демченко, А. И. Елистратова, А. А. Жилина, А. В. Завадскаго, Ф. Ф. Зигеля, И. О. Зубова, И. А. Ильина, Н. А. Каблукова, К. Кадлеца, гр. Л. А. Камаровскаго, Б. А. Кистяковскаго, Ѳ. Ѳ. Кокошкина, бар. С. А. Корфа, С. А. Котляревскаго, П. С. Кравцова, В. А. Краснокутскаго, І. М. Кулишера, С. Кутржеба, Ѳ. И. Леонтовича, П. И. Люблинскаго, В. Ѳ. Матвѣева, А. Н. Миклашевскаго, П. Е. Михайлова, В. Н. Мышцына, Э. Я. Немировскаго, Н. Я. Новомберскаго, И. Х. Озерова, Р. М. Орженцкаго, Н. И. Паліенко, М. Я. Пергамента, И. Н. Покровскаго, С. П. Покровскаго, А. А. Рождественскаго, С. Е. Сабинина, А. Р. Свирщевскаго, В. И. Серебровскаго, В. И. Синайскаго, Е. Д. Синицкаго, Е. В. Спекторскаго, Н. С. Суворова, И. К. Сухоплюева, Б. И. Сыромятникова, Ѳ. В. Тарановскаго, бар. М. А. Таубе, Л. Я. Таубера, В. Н. Твердохлѣбова, Г. Г. Тельберга, В. И. Тиктина, И. Н. Трепицина, В. А. Удинцева, Г. С. Фельдштейна, М. С. Фельдштейна, А. Н. Филиппова, А. Ф. Фортунатова, Б. Н. Фрезе, бар. А. Л. Фрейтага-Лорингговена, М. И. Фридмана, В. М. Хвостова, Д. А. Червонецкаго, И. И. Чистякова, М. П. Чубинскаго, Н. Н. Шапошникова, В. Шесана, В. Н. Ширяева, А. В. Шмидта, С. А. Шумакова, В. Г. Щеглова, Т. М. Яблочкова, А. С. Ященко.

Въ **«Юридической Библіографіи»** помѣщаются за особую плату объявленія о вновь выходящихъ книгахъ и другія извѣстія книжнаго рынка. Присылаемыя въ редакцію книги своевременно отмѣчаются въ журналѣ и, по мѣрѣ возможности, рецензируются.

Издатель: **Демидовскій Юридическій Лицей.**

Digitized by Google

Открыта подписка на 1914 годъ

Еженедѣльный журналъ

„ВѢСТНИКЪ ПРАВА“

(ранѣе именовавшійся «Вѣстникъ права и Нотаріата»)

Органъ Адвокатуры, Нотаріата, Суда.

VI г. изданія. **издается въ Москвѣ** **VI г. изданія.**

и выходитъ каждое воскресенье.

при ближайшемъ участіи; **члена Моск. Окр. Суда П. И. Астрова, И. С. Вольмана, проф. А. Э. Вормса, проф. М. Н. Гернета, Н. К. Муравьева, С. П. Ордынскаго, бывш. прив.-доц. Н. Н. Полянскаго, прив.-доц. В. М. Устинова и И. С. Урысона.**

Въ журналѣ принимаютъ участіе нижеслѣдующія лица:

Прив.-доц. Н. Н. Авиновъ, А. Э. Бардзкій, Б. В. Блюменфельдъ, А. И. Бутовскій, С. А. Бѣляцкинъ, А. Винаверъ, И. Вонсикъ, И. С. Вольманъ, быв. прив.-доц. М. Н. Гернетъ, В. М. Герцманъ. А. С. Гиршбандтъ, С. А. Гуревичъ, О. О. Грузенбергъ, бывш. прив.-доц. Н. В. Давыдовъ, А. Долматовскій, Н. Н. Ждановъ, В. В. Исаченко, Д. А. Іонасъ, Н. С. Каринскій, прив.-доц. И. А. Кистяковскій, проф. С. А. Котляревскій, А. А. Левашкевичъ, М. А. Левицкій, П. И. Люблинскій, В. А. Маклаковъ, П. Н. Малянтовичъ, М. А. Мебель, Д. М. Мейчикъ, С. П. Мельгуновъ, членъ Моск. Суд. Пал. Ф. И. Мержинскій, С. Моносзонъ, А. Я. Немеровскій, В. Новиковъ, С. П. Ордынскій, А. Н. Орловъ, А. Н. Паренаго, Л. Н. Переверзевъ, А. И. Пересъ, проф. А. А. Покровскій, А. Ю. Рапопортъ, В. А. Розенбергъ, І. С. Розенталь, Л. Л. Розенталь, А. С. Тагеръ, Л. Я. Тауберъ, Н. В. Тесленко, О. С. Урысонъ, М. Л. Успенскій, В. М. Устиновъ, Б. С. Утевскій, М. С. Фельдштейнъ, Е. А. Флейшицъ, проф. В. М. Хвостовъ, А. А. Чиколини, И. С. Штейнбергъ, Е. М. Эпштейнъ, проф. Т. Яблочковъ и др. Нотаріусы: И. А. Алякритскій, К. О. Бахманъ, С. Г. Громачевскій, М. М. Казмичевъ, А. Я. Мацкевичъ, Г. Л. Мачаваріяни, Н. З. Могучій-Евцихевичъ, Н. Ф. Сабуровъ, Н. И. Трамбицкій, И. И. Траустель, А. В. Урусовъ, А. Н. Чага, Ф. П. Штранихъ, А. Ф. Якубовскій и друг.

Съ января 1914 года форматъ и объемъ журнала будутъ значительно увеличены и всѣ годовые подписчики независимо отъ обычныхъ приложеній (см. ниже) получатъ безъ всякой доплаты Сборникъ новыхъ узаконеній, вышедшихъ въ 1914 году

Журналъ является органомъ юристовъ-практиковъ — адвокатовъ, нотаріусовъ и судей — и ставитъ себѣ цѣлью освѣщеніе вопросовъ текущаго законодательства, судебной, административной и нотаріальной практики.

Въ журналѣ заведенъ постоянный отдѣлъ «Изъ жизни адвокатуры», въ которомъ отмѣчаются всѣ событія въ жизни русской адвокатуры, даются періодическіе обзоры дѣятельности совѣтовъ присяжныхъ повѣренныхъ и комиссій помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ и другихъ организацій русской адвокатуры.

Всѣ годовые подписчики (и подписчики въ разсрочку) получаютъ безплатно НА ВЫБОРЪ: по абонементу № 1: Рѣшенія гражданскаго и уголовнаго кассаціонныхъ департаментовъ. Прав. Сената и общаго собранія за 1913 г., по мѣрѣ выхода офиціальнаго изданія, или по абонементу № 2: алфавитный указатель лицъ, объявленныхъ неправоспособными и ограниченіе правоспособности коихъ прекращено съ января 1913 г. Подписчики по любому абонементу могутъ получать всѣ приложенія, означенныя въ другомъ абонементѣ, за дополнительную плату **2** руб.

Подписная цѣна съ доставкой и пересылкой: на годъ—**7** руб., на полгода—**3** руб. **50** коп.

Адресъ конторы и редакціи: Москва, Новослободская, Тихвинскій пер., д. 9. Телефонъ 255-90.

Городское отдѣленіе конторы: Москва, Никольская 9, книжный магазинъ «Правовѣдѣніе».

С.-Петербургское отдѣленіе конторы: книжный складъ И. Л. Головчинера, Броницкая ул., д. № 12, кв. 6.

Подписка принимается также въ канцеляріяхъ совѣтовъ присяжныхъ повѣренныхъ въ Москвѣ (Кремль, зданіе судебныхъ установленій), С.-Петербургѣ (Литейный, зданіе окружнаго суда) и въ Харьковѣ (Скобелевская пл., зданіе суда).

Digitized by Google

ОТКРЫТА ПОДПИСКА НА 1914 ГОДЪ

II-й годъ изданія.

на журналъ

II-й годъ изданія.

ВѢСТНИКЪ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА,

издаваемый **М. М. Винавером**ъ

ПРИ БЛИЖАЙШЕМЪ УЧАСТІИ

проф. **Д. Д. Гримма**, проф. **В. Б. Ельяшевича**,
проф. бар. **А. Э. Нольде**, проф. **М. Я. Пергамента**
и проф. **І. А. Покровскаго.**

Въ 1914 году будетъ законченъ печатаніемъ, **въ видѣ безплатнаго приложенія**, Проектъ книги V Гражданскаго Уложенія (Обязательственное Право), внесенный, 16 октября 1913 г. въ Государственную Думу. **Новые подписчики получатъ вышедшіе въ 1913 году листы Проекта — безплатно.**

Журналъ выходитъ ежемѣсячно, за исключеніемъ іюня, іюля, августа и сентября, книжками объемомъ **около 10 листовъ** каждая.

Подписная цѣна 5 руб. въ годъ.

Допускается разсрочка: **3** руб. при подпискѣ и **2** руб. къ 1-му мая.

Адресъ конторы: С.-Петербургъ, Литейный пр., 28, книжный складъ «Право», телефонъ 41-61.

Адресъ редакціи: С.-Петербургъ, Захарьевская, 25, кв. 14, тел. 522-50.

ВЫШЛА ВЪ СВѢТЪ НОВАЯ КНИГА

Проф. Т. М. Яблочковъ.

ПРАКТИЧЕСКІЙ КОММЕНТАРІЙ на У. Г. С.

Т. I. Основы гражд. процесса (ст. 1—28).

1. Тексты законовъ. 2. Литература. 3. Основные принципы сенатской практики. 4. Замѣчанія составителя.

Съ алфавитнымъ указателемъ.

Цѣна 2 руб. 85 коп.

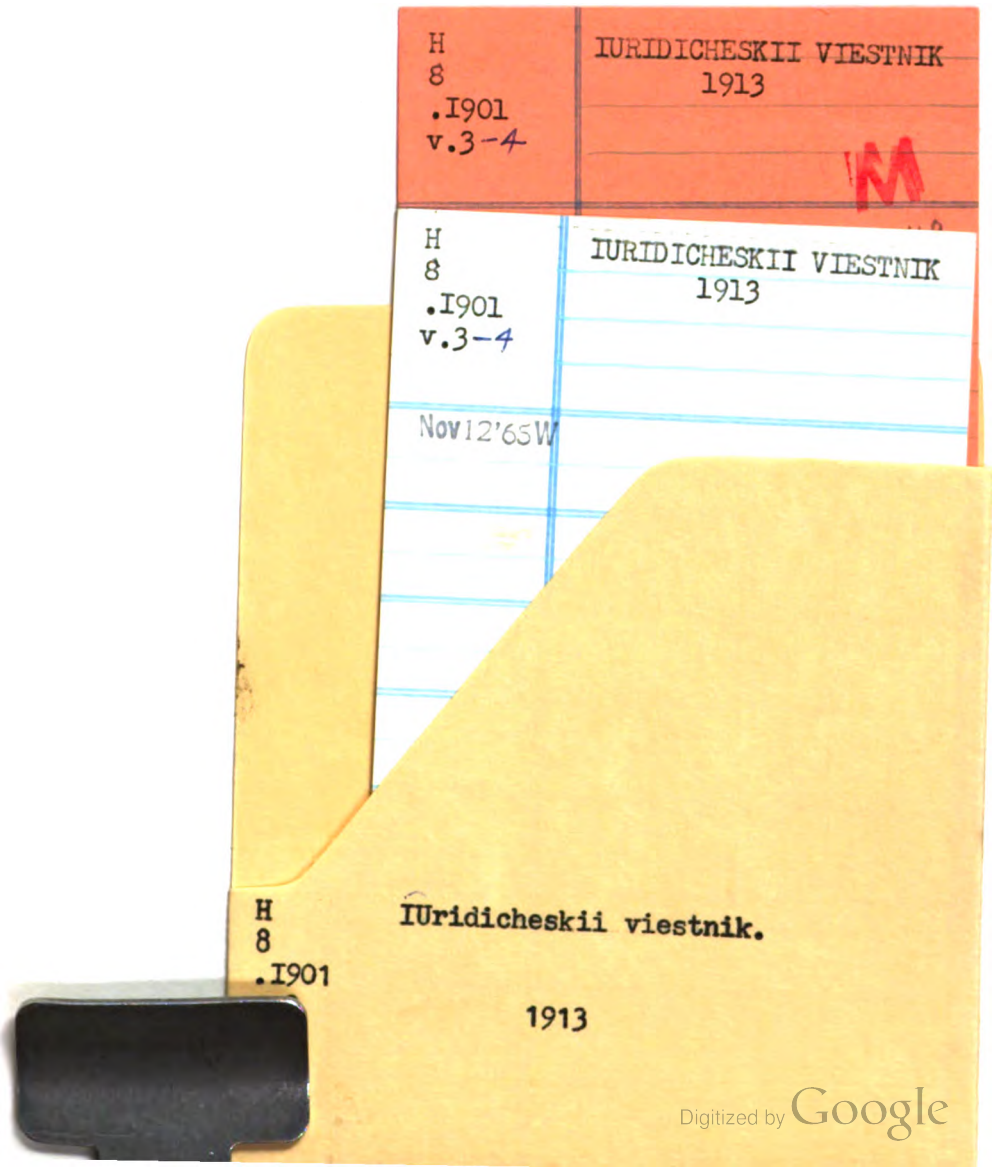
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

UNIVERSITY OF CHICAGO
097 923 697

Digitized by Google